

THÈSE DE
PARIS.
1889.
N^o. 24

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LA LOI FALCIDIE

DROIT FRANÇAIS

CLAUSES D'EMPLOI & DE REMPLOI

insérées dans le contrat de mariage

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Henri CAPITANT

AVOCAT A LA COUR DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1889

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES

A MON AMI LOUIS CLERC



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

LA LOI FALCIDIE

DROIT FRANÇAIS

DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLOI

insérées dans le contrat de mariage

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu le Jeudi
20 Juin 1889, à 1 heure

PAR

Henri CAPITANT

AVOCAT A LA COUR DE PARIS

LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT DE GRENOBLE

Président : M. BOISTEL, professeur

Suffragants {	MM. GÉRARDIN,	} professeurs
	GLASSON,	
	LAINÉ,	

DIJON-PARIS

IMPRIMERIE RÉGIONALE

1889



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LA LOI FALCIDIE

INTRODUCTION

Le principe de la liberté illimitée de tester, domina dans la législation romaine jusque vers la fin de la République. Pendant cette longue période, qui dura près de sept cents ans, le droit du père de famille de disposer de ses biens comme il l'entendait, fut entier, absolu, sans aucune limitation.

C'était là, du reste, un système en parfaite harmonie avec la façon dont les Romains envisageaient la famille, et la prépondérance qu'ils attribuaient au chef, au *paterfamilias*, sur tous les membres qui la composaient.

A cette liberté illimitée de disposer de son patrimoine, la loi *Falcidie* fut-elle une première entrave ? Fut elle une première réaction destinée à protéger la famille et les enfants dépouillés par les libéralités immodérées du père ? Il n'en est rien, et bien que cette loi limite le droit de faire des legs, elle ne fut pas établie pour

garantir les enfants contre l'abus que le père pouvait faire de sa toute-puissance.

Tout au contraire, cette loi, comme celles qui l'avaient précédée, la loi *Furia* et la loi *Voconia*, fut destinée à assurer l'exécution du testament et par là même l'exécution, la réalisation des dernières volontés du défunt.

Il importait en effet beaucoup aux Romains, de ne pas mourir intestats, ils considéraient une telle perspective comme un malheur, et c'est là ce qui nous explique pourquoi le législateur s'occupa de bonne heure des moyens propres à empêcher que le testament fait par le défunt ne tombât.

Pour arriver à ce but, le législateur limita le droit qu'avait toute personne de disposer de son patrimoine suivant ses désirs, et ce moyen, qui nous paraîtrait aujourd'hui bizarre, était en effet le seul procédé efficace pour obtenir ce résultat. Il s'explique lorsque l'on considère la conception toute spéciale que les Romains s'étaient faite de la nature du testament. — Pour eux, le testament était un véritable contrat, passé entre le testateur et celui qu'il instituait son héritier ; si cet héritier n'acceptait pas la succession qui lui était offerte, le testament tombait, le contrat n'avait pu se former. — C'est donc l'institution d'héritier qui caractérise le testament, qui lui donne l'existence. *Institutio heredis est caput ac fundamentum totius testamenti.* 24 Inst., II, 20 ; Gaius, II, 229.

Dès lors, le testament ne vaut qu'autant que vaut l'institution d'héritier, qu'autant qu'elle produit effet. L'héritier institué refuse-t-il de faire adition, refuse-t-il d'accepter la succession, aussitôt le testament tombe, s'évanouit, et avec lui toutes les dispositions qu'il renfermait.

On comprend qu'il était d'une importance capitale, pour assurer l'exécution des volontés du défunt, d'assurer l'acceptation de l'héritier institué, et pour cela il fallait donner dans tous les cas à cet héritier un intérêt pécuniaire à l'acceptation. Car il arrivait souvent que le testateur, trop confiant peut-être dans l'affection et le désintéressement de son héritier, le réduisait au rôle de simple exécuteur testamentaire et distribuait toute sa fortune entre des légataires différents. Cet héritier, qui ne devait rien retirer de l'acceptation d'un tel testament, pouvait refuser d'accepter la succession, craignant de n'y rencontrer que des embarras sans aucun avantage.

Aussi le législateur comprit-il qu'il fallait donner à cet héritier, un intérêt à l'acceptation, qu'il fallait l'engager par un bénéfice palpable à faire adition, et c'est pour cela qu'il voulut lui réserver à toute échéance une part de la succession. Il décida donc que le testateur ne pourrait léguer qu'une certaine quotité de ses biens, et que l'héritier institué aurait toujours le droit de conserver pour lui une part déterminée.

Tel fut le but de la loi *Falcidie*, et des lois qui l'avaient précédée et avaient inauguré ce système, les lois *Furia* et *Voconia*.

Ainsi, ces lois n'eurent pas pour motif, l'obligation de restreindre les pouvoirs du *paterfamilias* dans l'intérêt de la famille; elles ne furent pas des mesures de protection, de réaction contre la liberté de tester. Les entraves à la liberté, nous ne les voyons apparaître que plus tard, à la fin de la République et surtout au commencement de l'Empire, à une époque où, sous l'influence des mœurs, les institutions se modifient profondément, à une époque où la conception primi-

tive de la famille se transforme, et où, à côté des droits du *paterfamilias*, on envisage ses devoirs, et son obligation de protéger ses descendants.

Nous nous proposons d'étudier, avec le système de la loi *Falcidie*, le moyen si original que les Romains inventèrent pour assurer l'exécution des testaments.

Rien de pareil n'existe plus dans notre législation, et ne pourrait du reste y exister. C'est que le testament est considéré aujourd'hui comme un acte ayant son existence propre, ses effets particuliers, comme un acte complètement indépendant de l'institution d'un héritier, et de l'acceptation de ce dernier. Peu importe chez nous, que le testateur ait distribué sa fortune entière à des légataires, l'héritier privé ainsi de tout bénéfice peut renoncer, le testament s'exécutera néanmoins, et les différents légataires pourront réclamer l'exécution des libéralités qui leur ont été faites par le testateur.

CHAPITRE I

Système général de la loi Falcidie et des lois qui la précédèrent

La loi *Falcidie*, ne fut pas le premier essai que tenta le législateur pour arriver à assurer l'exécution des dispositions testamentaires. Deux lois, la loi *Furia* et la *Voconia* avaient déjà essayé de réaliser ce but, mais d'une façon assez imparfaite, comme le constatent les jurisconsultes Romains eux mêmes.

La plus ancienne, la loi *Furia*, remonte d'après l'opinion généralement reçue, à l'année 571 de Rome fondée, elle fut proposée nous dit Cicéron, *Pro Balbo* ch. 8, par C. Furius, alors tribun du peuple. Elle défendait de recueillir, *legatorum nomine, mortis ve causa*, plus de mille as dans la succession d'une personne (1). Toutefois une exception était faite en faveur des proches parents. Celui qui recueillait plus que la somme promise était condamné à restituer à la succession, le quadruple de la valeur. S'agissait-il ici, du quadruple du montant du legs, ou seulement du quadruple de la somme qui excédait le taux permis, les textes ne nous le disent pas (2).

(1) Gaius, II, 225 ; pr., U. R. II ; Frag. Vat., 301.

(2) D'après Théophile, paraphrase des Institutes, 22, 1, il s'agit du quadruple de la somme excédant le chiffre permis.

Il est facile de voir que la loi *Furia*, qui était du reste citée par Ulpien comme exemple de loi imparfaite, n'atteignait pas le but qu'elle se proposait ; car le testateur possédant par exemple cinq mille as pouvait épuiser sa fortune en léguant à cinq personnes mille as à chacune. Cette loi arrivait à restreindre arbitrairement la faculté de léguer, sans aucun profit pour personne, car elle n'assurait en rien l'existence et l'exécution du testament. Aussi ne tarda-t-elle pas à être modifiée par une autre loi, qui, quoique n'atteignant pas elle-même parfaitement le but recherché, réalisait cependant un grand progrès sur la précédente. Ce fut la loi *Voconia*, qui fut probablement rendue en l'an 585 de Rome, 169 avant Jésus-Christ (Cicéron, *de Senectute*, ch. V).

Cette loi, dans son premier chapitre édictait la prohibition pour les citoyens possédant plus de 100,000 as, de disposer au profit des femmes.

Elle contenait en outre un second chapitre, qui était destiné à réformer les imperfections de la loi *Furia*. On y décidait que le testateur ne pourrait faire à aucun légataire, un legs supérieur à ce qu'il laissait à l'héritier institué (1).

Certains interprètes ont essayé de soutenir que le second chapitre comme le premier, ne s'appliquait qu'aux femmes, et non à tous les légataires indistinctement. Mais cette opinion formellement repoussée par les textes, est aujourd'hui abandonnée, et il paraît certain que le deuxième chapitre de la loi *Voconia* était une disposition générale destinée à tous les légataires de quelque sexe qu'ils fussent (2).

Cette disposition dut être édictée à cause des incon-

(1) Gaius, II, 226.

(2) Cicéron, *Verrines*, livre I, p. 42.

vénients que présentait la loi *Furia*, rendue quinze ans auparavant et des entraves rigoureuses que cette loi avait apportées au droit de léguer. La loi *Voconia* réalisait certainement un sensible progrès sur la précédente ; en indiquant au testateur quelle limite il ne devait pas franchir, elle le mettait en garde contre un désir immodéré de faire des libéralités. On protégeait déjà le testateur contre lui-même, puisqu'on lui imposait l'obligation de laisser quelque chose à l'héritier ; on intéressait celui-ci à accepter la succession. Le principe était dès lors posé. Il n'y avait plus qu'à perfectionner le moyen, et ce fut l'œuvre de la *Falcidie*. Car malgré le progrès qu'elle marquait, la loi *Voconia* n'était pas elle-même à l'abri de tout reproche. Par l'obligation qu'elle imposait au testateur de ne pas laisser plus à un légataire qu'à l'héritier institué, elle rendait impossible le legs à un même bénéficiaire de plus de moitié de l'hérédité ; quoique en pareil cas, l'héritier eut encore un intérêt certain, peut-être même considérable à faire adition. C'était là le principal vice de la loi *Voconia*. Elle présentait encore une autre imperfection, mais d'une moindre importance, car le cas ne devait pas fréquemment se produire. Gaius nous la signale (II, 226) : Le testateur pouvait faire une masse de petits legs, chacun d'une très faible somme, et rendre ainsi illusoire le bénéfice que l'héritier aurait retiré de l'acceptation (1).

(1) On peut s'étonner au premier abord de lire dans Gaius et les Institutes, que les testateurs cherchaient ainsi à tourner les lois *Furia* et *Voconia*, puisque nous avons dit qu'elles étaient destinées à protéger le testateur en assurant l'exécution de ses dernières volontés. Mais cette tendance à échapper au système de ces deux lois peut s'expliquer par ce fait qu'elles étaient trop gênantes, trop rigoureuses, et qu'elles restreignaient trop la liberté du testateur. D'autre part, il est certain que l'homme est involontairement porté à régler lui-même le sort de ses

Enfin la loi *Voconia* ne s'occupait que du cas où le testateur était *census*, et l'on peut se demander ce qu'il faut entendre par là. Cette expression signifie que la loi ne s'appliquait qu'aux personnes inscrites sur les registres du cens. Au moment où la loi *Voconia* fut portée, cela comprenait tous les citoyens romains, car à cette époque tous les citoyens devaient se faire inscrire sur les registres du cens, sous peine de perdre la liberté et, de voir leur fortune frappée de confiscation. Mais cette obligation n'avait pas tardé à s'atténuer, et l'inscription sur les registres du cens avait cessé d'être nécessaire. Dès lors on trouva là un moyen de tourner la loi, et on décida qu'elle ne s'appliquait pas aux personnes non inscrites, il suffisait donc pour disposer de ses biens comme on l'entendait de ne pas se faire porter sur les registres. (Cic., *In Verr.*, I, 43) La loi *Voconia* était donc elle-même imparfaite, mais elle était d'une application beaucoup plus pratique que la loi *Furia*, et elle dura plus d'un siècle avant d'être réformée. Ce fut la loi *Falcidie* qui vint définitivement consacrer le principe posé par la loi *Voconia* « assurer en tout état de cause un bénéfice à l'héritier qui fait adition. », mais elle améliora et perfectionna ce principe.

La loi *Falcidie* fut rendue en l'an 714 de Rome fondée, d'après le témoignage de Dion Cassius, livre XLIII, titre XXXIII.

Cette loi ne limitait pas la quotité de chaque legs que pouvait faire le testateur, mais elle décidait que la masse des legs ne pouvait pas être supérieure aux

biens, et que le testateur devait souvent chercher à se soustraire à ces lois, et à ne laisser à son héritier qu'un bénéfice minime, trop confiant peut-être dans le désintéressement de ce dernier.

trois quarts de l'hérédité; elle assurait ainsi à l'institué la dévolution du quart des biens.

Le texte nous en est rapporté par Paul au Digeste livre XXXV, titre II, *fragment 1*.

Lex Falcidia lata est quæ primo capite liberam legandi facultatem dedit, usque ad dodrantem, his verbis : qui cives romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam eas que res quibusque dare, legare volet, jus potestas que esto, ut hac lege sequenti licebit.

Secundo capite modum legatorum constituit his verbis.

Quicumque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, his quantam cuique civi Romano pecuniam jure publico dare, legare volet, jus potestas que esto: dum ita detur legatum, ne minus, quam partem quartam hereditatis, eo testamento heredes capiant: eis, quibus quid ita datum legatum ve erit, eam pecuniam sine fraude sua capere liceto: is que heres qui eam pecuniam dare jussus damnatus erit, eam pecuniam debeto dare, quam damnatus est.

Cette loi posait donc tout d'abord le principe de la faculté de léguer, dans une certaine mesure, à qui l'on voulait. Puis elle ajoutait que dans tous les cas, les legs recevraient leur pleine et entière exécution, pourvu que l'héritier institué reçût le quart de l'hérédité.

Ce quart des biens réservé à l'héritier prit le nom de *quarte Falcidie*.

Le texte de la loi ne s'occupait que des legs, mais elle ne tarda pas à être étendue aux libéralités fidéicommissaires; car ces libéralités devinrent bientôt obligatoires. Cette extension fut réalisée par le sénatus-consulte Pégasien, rendu sous le règne de Vespasien, et dès lors la *quarte* prit indifféremment le nom

de *quarte Falcidie*, ou *quarte Pégasienne*. Toutefois, nous ne trouvons au Digeste que l'expression de *quarte Falcidie*, cela tient probablement à ce que Justinien supprima le nom du sénatus-consulte Pégasien.

La raison de l'extension de la *Falcidie* aux fidéicommiss se comprend très facilement, car il devait se produire pour l'institué chargé d'un fidéicommiss qui absorbait tout ce qu'il recevait, ce qui se produisait pour l'héritier surchargé de legs. Ce fiduciaire ne trouvant aucun avantage à l'acceptation de la succession, ne faisait pas adition d'hérédité, et le fidéicommiss tombait avec le testament.

L'application de la *Falcidie* s'étendit ensuite des legs et fidéicommiss aux donations à cause de mort, et aux donations entre époux, comme nous le verrons dans le cours de cette étude.

En résumé, la *Falcidie* nous apparaît comme une limitation apportée à la liberté du *paterfamilias*, mais cette limitation n'avait nullement pour motif, pour but la protection de la famille contre les abus que le chef pouvait faire de ses droits. Cette loi nous apparaît au contraire comme destinée à assurer l'exécution des volontés du défunt.

Et cependant ce fut de cette loi que s'inspira directement et visiblement le système de protection qui se développa plus tard en faveur de la famille civile et naturelle contre les libéralités excessives faites par le père à des étrangers. — La première quotité de la réserve que la loi accorda aux proches parents fut fixée elle aussi à un quart. Ce chiffre fut certainement emprunté à la loi *Falcidie*, ainsi que cela résulte d'un passage de Pline (1).

(1) Voir ce passage cité par Maynz, *Droit Romain*, III, p. 575, n° 15, éd. 1877.

Mais les motifs qui avaient inspiré les deux institutions étaient d'ordre absolument distinct, et elles ne doivent pas être confondues.

Au moyen-âge, on appelle souvent la légitime du nom de *Falcidie*, mais la confusion était plus dans les mots que dans les choses, comme le fait remarquer M. Violette (*Histoire du Droit*, II, p. 747); elle tenait à ce que la *Falcidie* avait servi de modèle à l'établissement de la législation sur la réserve.

La loi *Falcidie* subsista pendant toute la durée du droit romain. Sans doute, sous Justinien, elle perdit de son importance; elle n'est plus considérée comme étant d'ordre public, et il dépend du testateur d'en écarter l'application. Nous verrons sous quelles influences cette transformation s'était opérée.

Le système de la *Falcidie* passa du droit romain dans la législation des pays de droit écrit, et en effet, pour que ce système disparut complètement, il fallait l'introduction de principes nouveaux, il fallait la suppression de la règle : *Institutio heredis est caput ac fundamentum totius testamenti*. Or, cette règle continua à subsister dans les pays de droit écrit.

Au contraire, les pays coutumiers ne la connurent pas. « Institution d'héritier n'a lieu », c'est-à-dire l'institution d'héritier n'est pas nécessaire à la validité du testament, il n'y a plus d'héritier, il n'y a que des légataires, l'héritier institué n'est lui-même qu'un légataire universel. Tel fut le principe du droit coutumier.

Dans un tel régime, la loi *Falcidie* n'avait plus d'objet, aussi disparut-elle définitivement avec le triomphe de ce régime, qui est celui que notre Code civil a adopté.

Après ce court exposé des motifs pour lesquels la

législation romaine restreignit la liberté de léguer, nous entrons dans l'étude détaillée de la loi *Falcidie*.

Cette loi souleva dans son application de nombreuses difficultés, au point de vue soit des libéralités qu'elle entravait, soit des calculs et des imputations auxquelles elle donnait lieu, soit enfin dans l'hypothèse où le testateur avait institué plusieurs héritiers en première ligne ou par voie de substitution.

Nous diviserons notre sujet en huit chapitres, dans lesquels nous nous demanderons successivement : Quelles personnes ont droit à la *quarte Falcidie* ; quelles libéralités sont soumises à l'application de cette loi, et quelles sont celles qui y échappent.

Il nous faudra ensuite étudier les divers calculs que devait faire l'héritier pour savoir s'il y avait lieu de recourir à la *Falcidie* ; et enfin, lorsqu'il était établi qu'elle devait s'appliquer, dans quelle proportion il fallait réduire chaque legs.

Il nous restera alors à rechercher par quels procédés le législateur permettait à l'héritier de réclamer la part qui lui était réservée, et à étudier les difficultés spéciales qui se présentaient au cas de concours de plusieurs institutions ou substitutions.

Nous n'aurons plus enfin qu'à nous demander dans quels cas il n'y avait pas lieu d'appliquer la loi *Falcidie*.

CHAPITRE II

Quelles sont les personnes qui peuvent invoquer le bénéfice de la loi Falcidie

Le but de la loi *Falcidie* et les motifs qui la firent édicter nous donnent la réponse à cette première question.

La loi *Falcidie* peut être invoquée par tout héritier institué dans le testament du *de cujus*, tout héritier testamentaire peut en se fondant sur cette loi retenir le quart de la succession, et dans le principe, seul, l'héritier institué par testament avait ce droit.

Mais le bénéfice de cette faveur ne tarda pas à s'étendre aux héritiers *ab intestat* eux-mêmes. Le besoin s'en fit sentir dès que le législateur permit d'imposer des fidéicommiss aux héritiers légitimes.

Il y avait dans ce cas un double intérêt à protéger, il ne s'agissait plus seulement d'assurer l'exécution des dernières volontés du défunt, mais il s'agissait en outre de protéger l'héritier qui était un parent du défunt. L'extension d'après la loi 18, pr., D., à notre titre xxxv, 2, se réalisa sous Antonin-le-Pieux. A cette époque, les fidéicommiss avaient perdu leur caractère de précarité, ils étaient devenus obligatoires pour celui qui en était grevé, au même titre que les legs. Le père de famille pouvait donc sans

faire aucun testament disposer de ses biens en imposant à ses héritiers naturels au profit d'un étranger, un fidéicommiss qui, peut-être embrassait tous ses biens. Antonin-le-Pieux, d'après Paul, décida que dans ce cas le successeur *ab intestat* aurait le droit de conserver le quart des biens.

On peut s'étonner que Paul attribue à Antonin-le-Pieux cette réforme, car il résulte des textes que bien avant le règne de ce prince, le sénatus-consulte Pégasien rendu sous Vespasien avait déjà étendu aux fidéicommiss le système de la loi *Falcidie*; et ainsi cette réforme paraît avoir été réalisée plus d'un demi-siècle avant le règne d'Antonin-le-Pieux.

Comment donc expliquer le texte de Paul ?

D'après Jacob Woorda, *ad legem Falcidiam*, ch. VI, § 4, il n'y a pas ici de contradiction, sans doute ce fut bien le sénatus-consulte Pégasien qui appliqua la loi *Falcidie* aux fidéicommiss universels imposés à l'héritier institué dans un testament; mais ce sénatus-consulte ne s'occupait que de l'héritier institué par testament, et non de l'héritier *ab intestat*. En ce qui touche les fidéicommiss imposés à cet héritier *ab intestat*, ce ne fut que plus tard, et précisément sous le règne d'Antonin-le-Pieux que la loi *Falcidie* leur fut appliquée. Jacob Woorda invoque à l'appui de cette distinction la loi 18, D., pr., D., à notre titre et le témoignage de Paul.

Pour soutenir cette opinion, il suffirait de prouver que ce fut seulement sous Antonin-le-Pieux que le *paterfamilias* put en mourant imposer des fidéicommiss à ses héritiers légitimes. Or, cela paraît fort probable, si l'on considère le texte des Institutes qui traite de l'introduction des codicilles (Pr. Inst., II, 25). Ce texte nous parle de codicilles qui étaient confirmés par

testament ; c'est donc que le codicille ne fut d'abord introduit que comme un moyen de modifier le testament. Ce n'est que plus tard probablement qu'il fut permis de faire des codicilles même alors qu'on n'avait fait aucun testament ; et cette marche paraît bien naturelle. Or la possibilité de grever les héritiers *ab intestat* de fidéicommiss, ne se comprend qu'autant que le codicille est validé en dehors de tout testament. Ainsi on peut supposer que le sénatus-consulte Pégasien ne s'occupait que de fidéicommiss s'appliquant à des héritiers testamentaires, et qu'à cette époque il n'était pas encore permis de grever de pareille charge les héritiers *ab intestat*, cela ne devint possible que plus tard lorsque l'on put faire des codicilles même sans testament. Cette innovation se réalisa probablement à l'époque d'Antonin-le-Pieux, et c'est alors que l'on vit l'utilité de permettre à cet héritier *ab intestat* d'invoquer le bénéfice de la *Falcidie*. On ne voit pas en effet pourquoi le sénatus-consulte Pégasien n'aurait pas accordé le droit à la quarte aussi bien à l'héritier *ab intestat*, qu'à l'héritier testamentaire, si à partir de cette époque on avait pu imposer des fidéicommiss à l'un comme à l'autre.

Ainsi, dès le règne d'Antonin-le-Pieux, la quarte Falcidienne appartenait à tous les héritiers légitimes ou testamentaires, mais elle n'appartenait qu'à eux. Le prêteur avait eu du reste, à s'occuper d'une hypothèse spéciale, celle où l'héritier étant héritier légitime du défunt avait été institué par lui dans un testament, qui lui imposait l'obligation d'acquitter des legs. On comprend que dans cette hypothèse, l'héritier avait intérêt à ne pas faire adition d'hérédité afin d'échapper au paiement des legs, et à venir à la succession à titre d'héritier légitime. Le prêteur prévoyant cette ma-

nœuvre, avait décidé que l'héritier serait dans tous les cas tenu d'exécuter les legs que lui avait imposés le *de cujus* (1, D. XXIX, 4). Mais si les legs dont il était grevé dépassaient les trois quarts de la succession, fallait-il permettre à cet héritier d'invoquer le bénéfice de la loi *Falcidie*? Le préteur lui reconnut ce droit (1, 2, D., *ad leg. Falc.* (18, 1, D., *si quis omissa causa*, XXIX, 4).

L'indulgence que le préteur montra ici pour un héritier qui avait essayé d'enfreindre les dernières volontés du défunt peut paraître surprenante, surtout que dans un cas analogue, dans le cas du sénatus-consulte Pégasien, la loi se montrait beaucoup plus sévère; elle décidait en effet que l'héritier institué grevé d'un fidéicommiss universel, n'avait le droit de retenir la quarte Pégasienne qu'autant qu'il faisait volontairement addition d'hérédité, et qu'il ne le pouvait pas dans le cas où il n'acceptait que sur l'ordre du préteur... Mais il faut songer que dans notre hypothèse l'héritier institué était en même temps héritier *ab intestat*, et qu'à ce titre, il pouvait avoir droit à une part de succession à titre de légitime, c'est ce qui arrivait s'il s'agissait d'un descendant ou d'un ascendant, ou même dans certaines hypothèses de frères et sœurs.

La loi *Falcidie* n'accordait qu'aux héritiers le droit de retenir le quart des biens. Les légataires et les fidéicommissaires chargés de restituer eux-mêmes à d'autres bénéficiaires n'avaient pas le droit de l'invoquer. Cela se comprend très bien : la *Falcidie* n'avait qu'un but, assurer l'exécution du testament; or, peu importe que les légataires ou les fidéicommissaires refusent d'accepter la libéralité qui leur est faite, ce refus, cette répudiation n'entraînent pas la chute du

testament. Aussi la loi 47, 1, D., à notre titre, nous dit-elle : *Nunquam legatarius vel fideicommissarius, licet ex Trebelliano senatusconsulto restituitur ei hereditas, utitur legis Falcidiæ beneficio* (1).

Jusqu'à l'apparition des fidéicommis, cette prohibition n'offrait du reste aucun intérêt, puisque on ne pouvait pas imposer aux légataires l'obligation d'acquitter eux-mêmes des legs (Ulp. Reg., XXIV, 20). Mais à partir du moment où les fidéicommis furent reconnus obligatoires, la prohibition amena à des conséquences rigoureuses. Les légataires et les fidéicommissaires voyaient la libéralité dont les avait gratifiés le testateur, amoindrie par l'application de la *Falcidie*, et néanmoins ils étaient obligés d'acquitter en totalité les fidéicommis qui leur étaient imposés ; ils pouvaient se trouver ainsi privés de tout bénéfice, contre la volonté même du testateur.

Aussi la pratique ne tarda-t-elle pas à leur permettre de faire supporter aux personnes envers qui elles étaient grevées de fidéicommis, une diminution proportionnelle à celle qu'ils supportaient eux-mêmes. (32, 4, D., *ad legem Falcidiam* ; 63, 12, D., xxxvi, 1.)

Cependant, la loi 97, D., *de legatis*, 1^o, XXX, paraît donner une solution différente : Un testateur m'a

(1) Lorsque l'héritier en présence d'une succession surchargée de legs et de fidéicommis n'avait fait adition que sur l'ordre du prêteur, il n'avait pas le droit de retenir le quart des biens, et il devait exécuter en totalité le fidéicommis. Dans ce cas, le fidéicommissaire qui recueillait toute la succession devait exécuter les legs spéciaux que le testateur avait pu imposer à son héritier. Vis-à-vis de ces légataires, le fidéicommissaire avait le droit d'exercer la retenue de la *quarte Falcidie*, dans la mesure où l'héritier aurait pu le faire : c'est que vis-à-vis de ces légataires, le fidéicommissaire devenait le représentant de l'héritier. Mais si ce fidéicommissaire était lui-même chargé de fidéicommis au profit d'autres personnes, il ne pouvait pas retenir de quarte. (11, D., *de Suc. Trebell.*, XXXVI, 1.)

légué Sticchus, puis il m'a par fidéicommiss chargé de restituer à Titius soit ce même esclave Sticchus, soit mon esclave Pamphile. Par suite de l'application de la loi *Falcidie*, le legs que m'a fait le testateur est diminué, et je perds une certaine partie de la valeur de Sticchus. Néanmoins, dit Ulpien, je serai obligé de donner à Titius l'esclave Pamphile en totalité ou bien de lui donner la part de Sticchus que j'ai reçue.

J'ai donc ici le choix de livrer ou Sticchus ou Pamphile, si je livre Pamphile, c'est que je considère qu'il n'a pas une valeur supérieure aux trois quarts de la valeur de Sticchus ; mais si je livre Sticchus au bénéficiaire du fidéicommiss, je devrai lui livrer toute la part de propriété que j'ai acquise sur cet esclave. Ainsi je n'aurai aucun bénéfice dans le legs.

La raison de cette décision, c'est que telle paraît bien avoir été la volonté du testateur ; par la façon dont il a fait le fidéicommiss, il semble bien que je n'ai que le choix entre deux esclaves, mais que je dois livrer l'un ou l'autre en entier, ou du moins dans la mesure où j'en deviens propriétaire.

En effet, la loi 32, 4, D., à notre titre, nous dit que les légataires et fidéicommissaires ne peuvent pas faire supporter à ceux envers qui ils sont grevés, la diminution qu'ils supportent par suite de l'application de la *Falcidie*, lorsque le testateur les a priés de restituer tout ce qu'ils recevraient.

Outre cette première exception résultant de la volonté du testateur, on peut encore citer deux autres dérogations au droit qui fut reconnu aux légataires et fidéicommissaires d'imposer à ceux à qui ils devaient restituer, une diminution proportionnelle à celle qu'ils supportaient eux-mêmes. Ces deux dérogations furent inspirées par un sentiment de bienveillance, de faveur

pour certains fidéicommiss plus intéressants que les autres. Ainsi la première exception fut établie pour ne pas entraver les affranchissements. Supposons en effet avec la loi 32, 5, D. à notre titre, que le testateur ait imposé par fidéicommiss à un de ses légataires l'obligation d'affranchir un de ses esclaves ou l'esclave d'autrui. En pareil cas, bien que le legs fait à ce légataire supporte une certaine diminution par suite de l'application de la *Falcidie*, le légataire n'en devra pas moins affranchir l'esclave. Cependant, la loi 36 nous prévient qu'il y avait une légère distinction à faire, suivant qu'il s'agissait de l'esclave du légataire ou d'un esclave appartenant à autrui. Dans le premier cas, nous dit cette loi, l'esclave aura toujours droit à être affranchi, mais dans le second il n'en sera pas de même, car le légataire ne peut pas être tenu de dépenser pour acheter l'esclave, une somme supérieure à celle qu'il reçoit comme legs.

La deuxième exception fut introduite en faveur des fidéicommiss d'aliments, un pareil fidéicommiss n'était pas soumis à la réduction qui pouvait atteindre le legs ou le fidéicommiss du grevé. (25, I, D., *ad leg. Falc.*)

Telles étaient les personnes qui pouvaient invoquer le bénéfice de la loi *Falcidie*; voyons maintenant vis-à-vis de qui elles pouvaient l'invoquer, ou en d'autres termes, quelles étaient les libéralités soumises à l'application de cette loi.

CHAPITRE III

Libéralités auxquelles s'applique la loi Falcidie

Si nous considérons l'époque de Justinien, nous pouvons dire que l'héritier a le droit de retenir la *quarte Falcidie* à l'encontre de tous ceux qui reçoivent quelque chose du testateur, à l'encontre de tous les bénéficiaires d'une libéralité, quelle qu'elle soit.

Mais tel ne fut pas le droit primitif, et cette généralisation, cette extension de la loi *Falcidie* fut l'œuvre de la pratique et du temps.

A l'origine, la loi *Falcidie* ne s'appliquait qu'aux legs (1) et cela se comprend. Elle ne pouvait atteindre que les libéralités comprises dans le testament, puisque son but était d'assurer l'exécution de ce dernier ; or, à l'époque où elle fut rendue, les fidéicommiss n'existaient pas encore.

Mais bientôt, sous l'influence des idées nouvelles, elle fut étendue aux fidéicommiss dont le testateur eut le droit de grever son héritier. On ne s'en tint pas là, la *Falcidie* fut ensuite appliquée aux donations entre époux, aux donations à cause de mort, et enfin aux *mortis causa capiones*.

On appelait *mortis causa capiones* les libéralités que

(1) Gaius, II, 227. — Ulp. Reg., XXIV, 32.

le testateur avait faites et qui ne rentraient dans aucune des catégories de libéralités qui avaient un nom spécial : les legs, les fidéicommiss, les donations à cause de mort. L'exécution des *mortis causa capiones* dépendait de la validité du testament, et on comprend très bien qu'on leur ait appliqué notre loi.

L'extension de la *Falcidie* aux deux autres espèces de libéralités pouvait paraître moins utile, car la non efficacité du testament ne devait avoir aucun effet vis-à-vis d'elles et ne devait pas nuire à leur exécution. Mais cette extension se comprend néanmoins. Et d'abord les donations à cause de mort se rapprochaient beaucoup des legs par leur nature et par leurs règles, à tel point même que les Institutes nous disent (Par. 1, II, 7. — « *Hæ mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia.* »

D'autre part, l'esprit d'équité, d'égalité qui doit prévaloir à la répartition des différentes libéralités faites par le défunt, explique cette extension. N'était-il pas en effet naturel de faire porter la réduction non seulement sur les legs, mais sur toutes les libéralités, n'était-ce pas la solution la plus conforme à la volonté présumée du défunt ?

Les mêmes raisons firent qu'on appliqua la loi *Falcidie* aux donations entre époux, dès que le législateur reconnut la validité de ce genre de donations. Au reste, ces donations présentaient une très grande analogie avec les donations à cause de mort, du moins jusqu'à Justinien.

Reprenons successivement ces différentes applications qui furent faites de la loi *Falcidie*. Et d'abord, elle fut appliquée aux fidéicommiss. Cette application fut réalisée par le sénatus-consulte Pégasien rendu sous Vespasien ; ce sénatus-consulte décida que l'hé-

ritier institué, grevé de la charge de restituer un fidéicommiss universel ou des fidéicommiss particuliers absorbant l'hérédité, aurait le droit de retenir un quart net de la succession (1). La quarte prit ici le nom de *quarte Pégasienne*, puis de *quarte Trébellienne*; et en passant dans la matière des fidéicommiss, la *quarte Falcidie* reçut quelques caractères nouveaux, spéciaux, qu'elle n'avait pas dans les cas où elle s'appliquait à des legs.

Les différences qui se rencontrent dans les deux hypothèses sont les suivantes :

1° Et d'abord il semble que la loi *Falcidie* en passant dans la matière des fidéicommiss perdit son caractère de disposition d'ordre public. En principe, en effet, le testateur ne pouvait pas écarter l'application de la *Falcidie*, l'héritier restait toujours libre de l'invoquer.

C'est seulement sous Justinien que nous voyons apparaître le droit pour le testateur d'enlever à son héritier la *quarte Falcidie*.

Au contraire, lorsqu'il s'agissait de fidéicommiss, le testateur avait la faculté d'écarter l'application de la loi *Falcidie*, soit en laissant à son héritier un objet déterminé, bien qu'il fût inférieur au quart de l'hérédité, soit même en lui interdisant de faire aucune retenue (30, 4 et 5, D., XXXVI, 1).

On a cherché à expliquer cette différence, en disant qu'à l'origine l'observation des fidéicommiss fut considérée comme un devoir d'autant plus sacré, qu'elle ne constituait pas une obligation légale, et cette idée aurait persisté même après que les fidéicommiss furent devenus obligatoires. La véritable raison de cette différence réside, croyons-nous, dans l'observation sui-

(1) Gaius, II, 254. — 5, Inst., de *Fideicommissariis hered.*

vante : l'héritier grevé d'un fidéicommiss universel n'est plus libre, depuis le sénatus-consulte Pégasien, de refuser la succession et de se soustraire à l'exécution du fidéicommiss. Le sénatus-consulte Pégasien permet de l'obliger à faire adition sur l'ordre du préteur ; donc le sort du fidéicommiss ne dépend plus du parti que prendra l'héritier, puisque celui-ci peut être contraint d'accepter la succession, on n'a plus à redouter l'inexécution de la libéralité.

Au contraire, quand il s'agit non plus de fidéicommiss, mais de legs, rien n'oblige l'héritier à les exécuter ; s'il ne fait pas adition, le testament tombera et les legs avec lui. On ne comprendrait même pas que le testateur voulut imposer ici à l'héritier l'obligation de ne pas invoquer le *Falcidie*, car il s'exposerait ainsi à rendre inutiles ses dispositions de dernière volonté.

2° En second lieu, dans le droit de Justinien, l'héritier à qui un fidéicommiss était imposé n'avait pas besoin de prendre les mêmes précautions que l'héritier qui se trouvait en présence d'une succession absorbée par des legs. Il pouvait donner au fidéicommissaire les trois quarts de l'actif brut de la succession et garder le dernier quart par devers lui, en effet, il ne pouvait être poursuivi par les créanciers que dans la proportion de ce quart. Au contraire, nous verrons que l'héritier en présence de legs, devait agir tout autrement et faire toute une série de calculs, d'opérations, que nous étudierons plus loin.

3° En troisième lieu, l'héritier grevé d'un fidéicommiss devait imputer sur sa quarte certaines sommes que l'héritier chargé de legs n'imputait pas, ainsi la loi 30, 7, D., *ad leg. Falc.*

On soumit à l'application de la *Falcidie* non seule-

ment les fidéicommiss universels, mais aussi et naturellement les fidéicommiss à titre particulier, c'est ce que disent formellement les Institutes de Gaius et celles de Justinien (1).

Ainsi les principales dispositions comprises dans un testament se trouvaient dès lors soumises à la loi *Falcidie*. Le champ d'application ne tarda pas à s'étendre encore, et bientôt il comprit les donations à cause de mort (5, C., *ad l. g. Falc.*, VI, 50; 2, C., *de donat. mort. caus.*, VIII, 57).

D'après la Constitution 5, ce fut sous Septime-Sévère que cette extension se réalisa, c'est-à-dire quelque temps après que le législateur eut accordé aux successeurs *ab intestat* grevés de fidéicommiss, le droit de retenir le quart de l'hérédite.

Après les donations à cause de mort, ce furent les donations entre époux, qui présentaient en effet une grande analogie avec les premières. La Constitution 12, C., à notre titre, constate cette application : *In donationibus inter virum et uxorem factis, Falcidiam habere locum, quando fideicommissi partibus funguntur, nonnullis juris placetis comprehensum est.*

Ces donations entre époux furent pendant longtemps interdites à Rome ; mais un sénatus-consulte rendu sous Septime-Sévère décida que ces libéralités seraient confirmées par la mort du donateur, dans le cas où celui-ci aurait persisté jusqu'à sa mort dans la volonté de maintenir la donation. On voit par là combien cette donation ressemblait à la donation à cause de mort.

Mais la *Falcidie* ne s'appliquait pas lorsque le mari restituait sa dot à la femme sous la forme de legs ; les textes nous disent qu'un pareil legs ne devait pas sup-

(1) (Gaius, II, 251; 5, Inst., II, 23.

porter de diminution, car c'est moins une libéralité que le retour à la femme de sa propre chose (80, 1 et 2, D., *ad leg. Falc.*).

Enfin la loi *Falcidie* fut appliquée à ce que l'on appelait les *mortis causa capiones*. Mais l'application n'eut lieu ici que fort tard. Nous avons déjà dit ce que signifiait cette expression : on comprenait sous le nom de *mortis causa capiones*, toutes les libéralités à titre particulier qui résultaient du testament du défunt et ne rentraient dans aucune des trois catégories suivantes : legs, fidéicommiss, donations à cause de mort.

De nombreux textes du Digeste nous en donnent des exemples. Ainsi Marcellus dans la loi 38, D, XXXIX, 6, explique quelle différence il y a entre cette sorte de libéralité et la donation à cause de mort, et il cite l'hypothèse que voici :

Un testateur a inséré dans son testament une clause ainsi conçue : « Que mon esclave Pamphile soit libre, « s'il donne dix à un tiers, par exemple à Titius. » En pareil cas, Titius ne reçoit aucune donation du défunt, mais si l'esclave lui donne les dix, il les aura acquis *mortis causa* (1). Ainsi j'acquiers *mortis causa*, toutes les fois que je recueille une libéralité qui m'est indirectement faite dans le testament de quelqu'un, toutes les fois que cette somme dont je suis gratifié est la condition imposée à la réalisation d'un legs ou d'un fidéicommiss, inscrit par le *de cujus* dans son testament. Pendant longtemps ce genre tout particulier de libéralités ne fut pas soumis à l'application de la *Falcidie*, cela résulte de nombreux textes (2). On ne les

(1) Voir aussi la loi 31, pr., D., *de mortis causa donat.*, XXXIX, 6.

(2) $\left\{ \begin{array}{l} 1, 8 \\ 40, 1 \\ 91 \end{array} \right\}$ D., *ad leg. Falcid.* XXXV, 2.

comptait à aucun point de vue dans le calcul de la *Falcidie*, et de même que l'héritier n'était pas tenu d'imputer sur sa quarte les sommes qu'il pouvait ainsi recueillir, de même il ne pouvait pas compter dans la masse des legs les sommes qui étaient données à ce titre. C'est ce dernier point qui nous intéresse, et la loi 1, 8, D., à notre titre s'y rapporte. Paul y suppose un legs ainsi fait : que mon héritier donne à Séius des aliments, sinon qu'il lui donne dix. » Les jurisconsultes avaient hésité en présence de ce legs, ils se demandaient s'il fallait voir là, un legs alternatif ou une simple acquisition *mortis causa*. Quelques-uns, d'après Paul, pensaient qu'il y avait bien dans ce cas un legs de dix, mais que la dette des aliments constituait une acquisition *mortis causa*, et que par suite, cette acquisition ne pouvait pas entrer dans le calcul de la *Falcidie*. Paul propose une autre solution, il distingue : si l'héritier donne immédiatement au bénéficiaire, des aliments, alors on pourra considérer ces aliments comme formant un legs, et à ce titre on pourra les compter dans le calcul de la *Falcidie* : Mais si l'héritier ne paye au bénéficiaire les aliments qu'après avoir été mis en demeure, alors il n'y a plus de legs, et l'héritier n'a plus le droit de compter ce qu'il a donné au bénéficiaire, dans ce cas le legs s'est transformé et c'est la somme de dix qui en fait l'objet. Il en est de même, ajoute Paul, du legs qui est fait dans les termes suivants : *Si penum non dederit, decem dato* ; car ici ce ne sont pas les aliments qui forment l'objet du legs, mais bien la somme de dix. Donc, lorsque l'héritier donne au bénéficiaire des aliments, celui-ci recueille non pas à titre de legs mais *mortis causa*, puisque la condition qui affectait le legs a fait défaut, du moment que l'héritier a fourni les aliments.

La solution donnée par Paul peut paraître au moins subtile ; dans tous les cas, il résulte de ce texte que l'héritier faisant la masse des legs qu'il doit payer pour voir s'ils dépassent les trois quarts de l'actif héréditaire, ne pouvait pas compter dans cette masse les *mortis causa capiones*.

Quelle était la raison qui avait empêché d'appliquer la loi *Falcidie* à ces libéralités, alors qu'on l'avait étendue comme nous l'avons vu, à toutes les autres ? Les textes ne la donnent pas, ce fut peut-être à cause du peu de fréquence et du peu d'importance de ces acquisitions, que l'on ne ressentit pas le besoin de combler cette lacune. Il est en effet probable que ces libéralités ne devaient pas peser bien lourdement sur l'héritier, de plus il y avait une compensation en ce sens que lui-même pouvait recevoir à ce titre d'un tiers, sur l'ordre du défunt, et que dans ce cas il n'était pas non plus tenu d'imputer cet avantage sur sa quote.

Nous trouvons cependant une exception dans la loi 44, D, à notre titre, qui vise l'hypothèse suivante : un esclave a été affranchi par testament sous la condition qu'il donne dix à un tiers autre que l'héritier. S'il prend ces dix dans les biens d'autrui et non dans ceux du défunt, il n'y a pas lieu à l'application de la *Falcidie*. D'où l'on peut justement conclure que si le statuliber prend les dix dans la succession, dans son pécule, l'héritier aura droit de compter cette somme qui sort de l'hérédité, comme formant un legs.

La raison de cette dérogation résulte des motifs suivants. Les Romains avaient admis par une interprétation bienveillante de la volonté du défunt, que lorsqu'un esclave était affranchi sous la condition de remettre à un tiers telle ou telle somme, il avait le droit de prendre cette somme dans son pécule. Si l'héritier s'y oppo-

sait et l'empêchait de remplir la condition, l'esclave acquérait néanmoins la liberté, *quasi-impleta conditione*, et à défaut de l'argent lui-même, il donnait au tiers une action *in factum* pour le réclamer (3, 1, D, X, L, 7, *de statutib* ; 17, D, *eod. tit.*).

Ainsi, la somme que l'esclave avait été chargé de donner à un tiers pour acquérir la liberté, sortait de la succession même contre le gré de l'héritier. Il était juste qu'on lui permit de la compter comme un véritable legs.

En l'an 531, Justinien décida que la *Falcidie* s'appliquerait aux *mortis causa capiones*, de même qu'elle s'appliquait aux autres libéralités (18, C., VI, 50). Mais peut-être la solution donnée dans ce texte, n'est-elle qu'une décision spéciale rendue dans un cas où le testateur avait fait une libéralité de ce genre absorbant plus des trois quarts de l'hérédité.

Au point où nous en sommes arrivés, nous voyons combien le domaine de la loi *Falcidie* s'est élargi, toutes les dispositions, à cause de mort, tombent sous son application, et toutes devront subir la réduction que l'héritier aura le droit d'exercer si le testateur ne lui a pas réservé le quart de ses biens.

Mais parmi ces libéralités, il en était cependant quelques-unes que le législateur avait soustraites à l'application de notre loi, il y avait été déterminé soit par la modicité même de la libéralité, soit par la faveur toute particulière que méritait le gratifié.

CHAPITRE IV

Des libéralités soustraites à l'application de la loi Falcidie

En première ligne nous pouvons citer les legs insérés dans un testament fait *jure militari*. Les militaires jouissaient d'une série d'avantages au point de vue de la confection de leur testament, quand ils le faisaient pendant qu'ils étaient au service. Ils pouvaient tester à peu près librement et sans être obligés de s'astreindre aux règles si formalistes et si étroites établies en cette matière par le droit civil. La volonté du militaire est souveraine et doit toujours être accomplie, quelles que soient les formes qu'il ait employées pour la manifester; dans tous les cas, son testament doit être exécuté s'il vient à décéder étant au service ou dans l'année de son congé. Ainsi il n'est pas tenu d'instituer dans son testament un héritier, à qui il impose la charge des libéralités qu'il veut faire, et la règle : *Institutio heredis est caput ac fundamentum totius testamenti*, ne s'applique pas; dès lors la loi *Falcidie* n'avait pas de raison d'être, puisque l'exécution des dernières volontés du militaire est certaine, puisqu'elle ne dépend pas du parti que pourra prendre l'héritier. De nombreux textes nous disent qu'il n'y a

pas lieu ici à la retenue de la *quarte Falcidie* et de la *quarte Pégasienne*. (92, D., *ad leg. Falc.*; 28, 17, paragr. ult.; D., *de Testam. milit.*, XXIX. 1.)

Justinien restreignit ce privilège dont jouissaient les militaires, au testament fait par eux pendant qu'ils étaient en expédition. (17, C., *de Testam. mil.*, VI, 21.)

En second lieu, il y a certains legs qui ne procurent aucun avantage, aucun bénéfice à ceux qui les reçoivent; si l'on appliquait à de pareils legs la réduction de la loi *Falcidie*, il y aurait injustice et le légataire se trouverait lésé. Nous voulons parler du legs que le débiteur fait à son créancier de ce qu'il lui doit, ou du legs de sa dot que le mari peut faire à la femme. Les Institutes nous disent que pour que ces legs soient valables, il faut qu'ils procurent au légataire un avantage, qu'ils lui offrent un intérêt (14, Inst., *de Leg.*), sinon, ce ne sont pas des legs, mais l'acquittement pur et simple d'une obligation. Par suite la loi *Falcidie* ne s'appliquera à ces dispositions que dans la mesure où elles constituent des legs, c'est-à-dire dans la mesure de l'avantage qu'elles présentent pour le bénéficiaire. (5, D., *ad leg. Falc.*; 81, 1, D., *ad leg. Falc.*). Par conséquent on peut dire qu'il n'y a pas là une dérogation véritable au principe que nous avons posé dans le chapitre précédent.

Il se peut que le legs fait par le débiteur ne soit pas adressé directement à son créancier, mais à un tiers avec charge de restituer le legs au créancier. Que se passera-t-il en pareil cas? Marcellus nous dit dans la loi 57, D., à notre titre, que la loi *Falcidie* ne s'appliquera pas, car on doit considérer la personne de celui qui recueille le legs, sans tenir compte de l'intermédiaire. Julien émet une opinion contraire. La loi

Falcidie, dit-il, doit s'appliquer en pareil cas, et pour la partie du fidéicommis qui se trouvera retranchée par suite de l'application de la loi, la femme aura le droit de la réclamer par l'*actio dotis*. (11, par. 1, D., de *Dote præleg.*, XXXIII, 4).

Ulpien repousse cette opinion et pense qu'il faut résoudre ici la question, comme si le legs de la dot avait été directement adressé à la femme elle-même. Cette solution est en effet beaucoup plus simple, beaucoup plus naturelle que la distinction proposée par Julien.

En résumé, la loi *Falcidie* s'applique à ces sortes de legs, en tant qu'ils constituent de véritables libéralités pour le bénéficiaire.

En troisième lieu, la loi *Falcidie* ne s'applique pas aux legs d'affranchissement, ici il y a bien une véritable exception au principe; le législateur a voulu protéger le légataire dont la situation lui a paru particulièrement intéressante, il a craint que l'affranchissement ne se trouvât compromis ou même empêché par la réduction que la loi *Falcidie* pourrait faire subir à ce legs. C'est ce que nous trouvons exprimé dans plusieurs textes du Digeste, entre autres dans les lois 33 et 36, parag. 3, à notre titre.

Mais remarquons que l'exception apportée ici aux principes n'avait qu'un but humanitaire, ne pas entraver l'affranchissement. Si donc, nous disent les textes, le testateur avait laissé au légataire, outre l'esclave qu'il l'avait chargé d'affranchir, d'autres biens, ces biens étaient soumis à l'application de la loi *Falcidie*. Ainsi la loi 36, 3, D., nous dit que si le légataire a reçu à la fois un esclave sous la charge de l'affranchir, et d'autres choses, le légataire pourra bien réclamer à l'héritier la totalité de l'esclave, mais l'héritier retien-

dra le quart de la valeur totale du legs sur ces autres objets.

Tel était le principe, mais il pouvait se présenter des hypothèses plus compliquées.

Supposons, en effet, que le testateur ait légué une somme d'argent à un tiers en le priant d'acheter un esclave désigné et de l'affranchir. Supposons, en outre, qu'il y ait lieu d'appliquer la loi *Falcidie*, et que le legs de la somme d'argent soit atteint d'une diminution telle qu'il ne suffise plus pour acheter l'esclave. Que fallait-il décider dans ce cas? Les jurisconsultes discutèrent longuement sur cette hypothèse et Paul dans la loi 6, D, *de fideicomm. libert.*, XL, 5, nous rapporte les différentes opinions qui furent soutenues.

Quelques-uns étaient d'avis qu'il fallait permettre au légataire de recevoir les trois quarts de la somme léguée, et de ne pas accomplir la charge, c'est-à-dire le dispenser d'acheter l'esclave.

D'autres pensaient que le légataire même réduit aux trois quarts de son legs pouvait être contraint à acheter l'esclave. C'est cette deuxième opinion que recommande Mécién dans la loi 32, 5, D, à notre titre. Paul repousse ces deux opinions et nous dit que l'héritier devra être forcé de livrer le legs en entier, sans retenue, comme si le testateur le lui avait formellement ordonné. Mais dans la loi 36, 1, D, à notre titre, il nous donne une solution différente, et il décide que le légataire ne recevra que les trois quarts de son legs et sera dispensé d'acheter l'esclave.

Nos anciens auteurs essayaient de concilier ces deux textes en disant que Paul avait eu en vue deux hypothèses différentes. Dans la loi 6, le testateur avait imposé au légataire deux obligations, celle d'acheter l'esclave et celle de l'affranchir; tandis que dans la

loi 36, 1, il l'avait seulement chargé de l'obligation d'affranchir. Cette distinction paraît bien arbitraire, puisque dans les deux textes il s'agit d'un esclave qui n'appartient pas à l'héritier mais à un tiers, l'obligation d'affranchir comprend nécessairement celle d'acheter cet esclave. Peut-être pourrait-on dire plutôt qu'il n'y a pas en réalité contradiction entre les deux textes. Dans la loi 36, Paul pose purement et simplement ce principe d'équité, que le légataire ne peut être obligé de dépenser pour acheter l'esclave, plus qu'il n'en reçoit. Mais il n'en tire pas de conclusion, et peut-être alors se réfère-t-il à celle que nous trouvons mentionnée dans l'autre texte, dans la loi 6, c'est que la loi *Falcidie* ne s'appliquera pas, conformément à l'idée que *favor libertatis sæpe benigniores sententias exprimit*.

Si l'on n'adopte pas cette interprétation, il nous semble bien difficile de ne pas voir une contradiction entre ces deux textes.

Dans la même loi 6, D., *de fidei libert.*, Paul fait allusion à un autre cas, celui où le légataire reçoit une somme à charge d'affranchir non plus l'esclave d'autrui, mais son propre esclave.

Sur ce point encore on avait discuté, quelques auteurs avaient soutenu que le légataire supportant une diminution qui rendait son legs inférieur à la valeur de l'esclave, n'était pas tenu d'affranchir. Paul est d'avis contraire (loi 36, pr., D., *ad leg. Falc.*) car, dit-il, le légataire en acceptant le legs atteint par la réduction a avoué par là même qu'il l'estimait être d'une valeur au moins égale à celle de son esclave.

Telles sont les principales hypothèses dans lesquelles la *Falcidie* ne s'appliquait pas. Ajoutons que le testateur pouvait soustraire tel ou tel legs à la réduc-

tion en priant son héritier de l'acquitter en totalité et de préférence aux autres libéralités, pourvu bien entendu que l'héritier put le faire sans entamer sa quarte (loi 64 et la loi 88, 2, D, *ad leg. Falc.*) (1).

(1) La réduction résultant de l'application de la loi *Falcidia* atteignait-elle les dons faits aux dieux ? Il y a sur ce point deux textes contradictoires de Paul, loi 1, 5, D. *ad. leg. Falc.* et par. 3, S. P, IV, 3.

Il semble bien difficile de concilier ces deux textes. Cujas corrigeait le premier et y remplaçait les mots *vel etiam* par la négative *non etiam*.

CHAPITRE V

Des Calculs nécessités par la loi Falcidie

Nous sommes arrivé à la partie importante et délicate de notre matière, celle sur laquelle eut à s'exercer la sagacité des jurisconsultes. La façon dont il fallait appliquer à une hérédité le principe de notre loi, les calculs que nécessitait cette application, et d'autre part, la diminution que chaque legs devait supporter, soulevèrent de nombreuses questions.

En présence d'une hérédité et d'un testament qui paraissait ne lui laisser qu'un bénéfice insuffisant, l'héritier devait d'abord estimer le montant de l'actif net de la succession, ensuite il lui fallait apprécier le chiffre de la totalité des legs, c'était la comparaison de ces deux chiffres qui lui indiquait s'il y avait lieu d'appliquer la loi, et quelle était la réduction que devait subir chaque legs.

Notre chapitre se trouve ainsi tout naturellement divisé en trois paragraphes :

I. — Estimation du montant de l'actif net de la succession ;

II. — Estimation de la totalité des legs ;

III. — Réduction des legs.

I. — Estimation du montant de l'actif net de la succession.

Pour estimer le montant de l'actif net de la succession, tel qu'il devait être considéré d'après la loi *Falcidie*, l'héritier devait faire une première masse des biens, puis en déduire non seulement les dettes, mais aussi ceux qu'il ne devait pas compter dans le calcul de la *Falcidie*.

Pour obtenir une estimation fixe, immuable des différents biens de la succession, il devait se placer à une époque déterminée. Il obtenait ainsi le montant de l'actif net de la succession, et c'est le quart de cette masse qu'il avait le droit de retenir d'après la loi; mais il ne pouvait pas toujours prendre ce quart en nature, il était obligé d'imputer sur cette part les biens qu'il pouvait avoir reçus du défunt.

Reprenons successivement ces diverses opérations :

1. — Choses qui sont comptées pour établir le montant de l'actif de la succession ;
2. — Choses qui ne doivent pas être comptées ;
3. — Estimation des choses comptées. Epoque à laquelle on doit se placer pour faire cette estimation ;
4. — Dédutions à opérer ;
5. — Imputations que l'héritier doit faire sur sa quote.

1. — Choses qui sont comptées pour établir le montant de l'actif de la succession.

En principe, tout ce que l'héritier trouve dans la succession doit être compté pour arriver à la formation de l'actif des biens, qu'il s'agisse de choses corporelles

ou de droits incorporels, tels que créances, usufruit ou servitude. L'héritier fait une masse de tous les droits actifs qu'il trouve dans le patrimoine du défunt. Mais parmi ces droits il en est sur lesquels le doute peut s'élever, et nous allons les passer en revue. Prenons d'abord les actions que le défunt pouvait avoir contre des tiers. Si les débiteurs sont insolvable, on ne comptera les créances que pour leur valeur réelle; par exemple, loi 63, 1, D., à notre titre. Toutefois cela n'est pas toujours vrai. Supposons que le testateur ait légué sa libération à un de ses débiteurs, ce débiteur était insolvable. En pareil cas, la loi 82, D., à notre titre, nous dit que l'on doit considérer ce débiteur comme solvable, et compter la créance pour la totalité. Nous expliquerons cette loi à propos de l'estimation des legs.

Le défunt pouvait aussi avoir des créances contre celui qu'il a institué héritier. Ces créances sont éteintes par la confusion, l'héritier devra-t-il néanmoins en tenir compte? L'affirmative n'est pas douteuse, il y a dans l'extinction de la dette par suite de la confusion, une source d'enrichissement, un bénéfice pour l'héritier (1, 18, D., *ad leg. Falc.*).

Mais l'héritier n'aura pas, bien entendu, à compter les droits qui prennent fin avec le testateur lui-même, tels que les droits d'usage ou d'usufruit.

Comment agira-t-on pour les choses dont le défunt était propriétaire sous condition, et pour celles sur lesquelles il n'avait qu'un droit indivis de propriété? Pour les choses communes, la loi 38, 1, D., à notre titre, nous dit qu'elles seront comptées dans le patrimoine de chacun des copropriétaires.

Pour les créances conditionnelles, Gaius nous dit que plusieurs procédés étaient possibles. On pouvait

d'abord compter ces créances pour leur valeur vé-nale, ou bien l'héritier et le légataire se donnaient mutuellement des cautions, et grâce à ce procédé on pouvait soit ne pas compter du tout ces créances, soit les considérer comme pures et simples. (73, 1, D., à notre titre.) S'il s'agit d'obligations naturelles, pour lesquelles la loi ne donne au créancier aucune action, mais qui sont néanmoins susceptibles d'un paiement valable, Julien nous dit qu'on les comptera ou qu'on les négligera, suivant qu'elles seront ou non acquittées. (1, 17, D., *ad leg. Falc.*) Cela ne s'applique du reste qu'aux obligations naturelles qui peuvent donner lieu à un paiement valable.

Supposons enfin que l'héritier trouve dans le patrimoine des créances corréales. La loi 62 fait une distinction. Si les créanciers corréaux sont associés, la créance sera comptée pour une part égale dans le patrimoine de chacun, pour moitié s'ils sont deux.

Mais s'il n'y a pas de société entre eux, on ne sait dans le patrimoine duquel il faut compter la créance, car chacun des créanciers peut exiger le paiement total, et le retenir en entier. C'est donc le premier qui agit qui retire tout le bénéfice, jusque-là il y a incertitude.

Cette loi 62 est une application ordinaire des règles de la corréalité.

2. — Choses qui ne sont pas comptées

Il est certaines choses qui, bien que faisant partie du patrimoine du testateur, n'entreront pas en ligne de compte dans la masse des biens que forme l'héritier. Ce seront tout d'abord les droits qui ne passent

pas à l'héritier, mais qui s'éteignent avec leur titulaire, comme les droits d'usage et d'usufruit. Ce seront en second lieu les actions que nous trouvons énumérées dans la loi 32, pr., D., à notre titre. « Les actions « pénales, nous dit Mécien, que le défunt pouvait « avoir contre des tiers, doivent être comprises dans « l'actif de sa succession, sauf toutefois les actions « populaires, car ces actions ne font pour ainsi dire « partie d'aucun patrimoine, en ce sens que toute « personne peut les intenter, et qu'elles ne constituent « pas la propriété spéciale de tel ou tel citoyen, telles « sont les actions de *sepulcro violato*, l'action de *albo corrupto*. Il en est de même, ajoute ce jurisconsulte, « de l'action d'injure, car elle ne peut être exercée « que par celui en la personne de qui elle est née, « elle meurt avec lui, elle ne passe pas à ses héritiers. »

Enfin certaines choses ne seront pas comprises dans la masse des biens, soit parce qu'elles n'ont au moment du décès aucune valeur pour l'héritier, soit parce qu'elles ne doivent pas demeurer dans l'hérédité. Il n'y a dans toutes ces hypothèses qu'une application des principes ; l'héritier ne tiendra compte que de ce qu'il reçoit. Ainsi l'héritier ne comptera pas les esclaves affranchis soit directement, soit par fidéicommiss (36, 2, D., *ad leg. Falc.*).

Mais l'affranchissement peut être subordonné à l'arrivée d'une condition, dans ce cas, la loi 73, 3, D., à notre titre, nous dit que l'héritier et les légataires devront se donner caution de s'indemniser, suivant que la condition se réalisera ou ne se réalisera pas.

La loi 11, §§ 2 et 3, suppose un cas où une partie des biens est considérée comme n'étant plus dans la succession. Il s'agit du cas où un testateur a été condamné à la relégation et à la confiscation de la moitié de ses

biens. Ce testateur fait appel de la sentence qui le frappe, mais il meurt, et après sa mort intervient un jugement qui repousse son appel. Dans cette hypothèse, que devait-on décider? La raison de douter venait, comme nous le verrons plus loin, de ce qu'on se plaçait au moment du décès pour apprécier l'actif de l'hérédité au point de vue de l'application de la loi *Falcidie*. Or, au moment du décès, rien n'était encore sorti de l'hérédité, puisque la sentence prononçant la confiscation était frappée d'appel. On ne pouvait cependant obliger l'héritier à compter dans l'actif cette moitié qui en était enlevée. Les jurisconsultes avaient songé à un premier expédient, ils considéraient qu'il y avait là une dette absorbant la moitié de la succession. Mais Papinien repousse cet expédient; il est contraire, dit-il, à la volonté du testateur qui, en faisant appel de la sentence, a bien montré qu'il considérait que cette moitié faisait partie de son patrimoine. Papinien propose un autre moyen, et il accorde à l'héritier le bénéfice d'un rescrit de Marc-Antoine, d'après lequel l'héritier privé d'une partie des biens de la succession pour une cause quelconque, ne doit les legs que dans la mesure des biens qui lui restent.

Enfin l'héritier n'a pas le droit de compter dans l'actif de la succession les choses qu'il a essayé de soustraire (24, pr., D., *ad leg. Falc.*). En effet, il ne peut retenir aucune part sur ces choses, elles iront donc en totalité aux légataires (6, pr., D., *de his quæ ut ind.*, XXXIV, 9).

3. — *Estimation des choses comptées. Epoque à laquelle on doit se placer pour faire cette estimation*

Les textes nous répètent à plusieurs reprises que l'estimation de la valeur de chaque bien doit se faire *ex veritate rerum*, et non pas *ex affectu vel utilitate singulorum*, c'est-à-dire, non pas d'après la valeur toute particulière que la chose peut avoir spécialement aux yeux d'une personne. Ainsi la loi 81, 4, D., *de leg.* 1^o, XXX, suppose qu'un testateur a légué deux de ses esclaves dans les termes suivants : *Servos illum et illum Titio lego, quos aestimo singulos vicenis aureis* ; et Julien nous dit à propos de ce legs, que la mention spéciale de l'estimation faite par le testateur ne change en rien la condition du legs si la *Falcidie* doit s'appliquer, cette mention n'empêchera pas d'estimer les esclaves d'après leur valeur réelle.

C'est la même opinion que nous trouvons exprimée par Ulpien en des termes différents, loi 62, 1, D., à notre titre. Les objets composant l'hérédité, seront estimés, dit-il, d'après le *præsens pretium, nec quicquam eorum formali pretio*. On a beaucoup discuté sur cette expression *formali pretio* ; nous pensons que cette loi signifie, comme le texte de Julien, qu'il faut estimer d'après la valeur actuelle, et non d'après une valeur fixée, établie à l'avance. D'après ce principe, on doit tenir compte de la valeur des fruits non encore récoltés au moment du décès. Il semblerait rationnel d'en dire autant de la part des esclaves et cependant la solution que donnent les textes est opposée, car, nous dit Papinien, *partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur*.

Epoque de l'estimation. — C'est donc d'après leur

valeur réelle que l'héritier estimera les objets de l'hérédité, mais pour donner à cette estimation une plus grande certitude, les textes nous disent que l'héritier doit se placer à une époque déterminée, invariable, à l'époque du décès du testateur (2, Inst., II, 22). Le choix de cette époque s'explique facilement; c'est au moment de la mort du *de cujus*, que les droits des légataires sont réputés prendre naissance, du moins pour les legs purs et simples. Sans doute il en est autrement pour les legs conditionnels lesquels ne produisent effet qu'au jour de la réalisation de la condition. Mais il avait bien fallu assimiler tous les legs au point de vue de la loi *Falcidie*, et fixer une époque unique d'estimation, pour arriver à une détermination définitive de l'actif héréditaire. De plus le choix du moment de la mort du testateur, présentait un avantage; l'héritier ne pouvait pas modifier le droit des légataires, ce qu'il aurait pu faire s'il avait été libre de choisir lui-même l'époque qui lui aurait paru la plus avantageuse. Il est vrai que cette obligation d'estimer les biens à une date déterminée par la loi, amenait quelquefois à des résultats injustes et dangereux. En effet, on ne tenait pas compte des variations qui pouvaient modifier la valeur des biens postérieurement au décès. Si les biens de l'hérédité venaient à augmenter de valeur, les légataires n'en profitaient pas, le bénéfice était tout pour l'héritier. Au contraire, si les biens venaient à dépérir, à se détériorer, l'héritier seul supportait le préjudice, les légataires n'en souffraient pas et l'héritier devait, malgré la dépréciation, leur donner les trois quarts de l'actif, d'après l'estimation faite au moment du décès. L'héritier pouvait ainsi être obligé de payer les legs sur ses biens propres, si l'actif de la succession se trouvait diminué

de plus du quart. Mais le danger était plus apparent que réel, la loi 73, pr., D., à notre titre nous le montre : en présence d'une brusque dépréciation de l'hérédité, survenue, postérieurement au décès du testateur, l'héritier avait un moyen d'échapper à ce danger. Il pouvait refuser de faire adition d'hérédité, et amener les légataires à transiger, en les menaçant de laisser le testament inexécuté faute d'acceptation de la succession (1).

Ainsi, les augmentations ou les diminutions de l'actif héréditaire survenues postérieurement au décès du testateur ne profitent ni ne préjudicient aux légataires. Cependant cette règle admet quelques tempéraments, et il n'est pas toujours vrai de dire que le droit des légataires se trouve invariablement fixé, déterminé, et que les événements postérieurs au décès n'auront jamais d'influence sur l'étendue, sur la valeur de leurs libéralités.

La règle est sans doute rigoureusement exacte lorsqu'il s'agit de legs de choses indéterminées, par exemple d'un legs de somme d'argent, d'un legs de quantité. Mais il n'en est plus de même pour les legs qui s'appliquent à des corps certains. La loi 30, §§ 2 à 5, développe ces différentes hypothèses : 30, § 2. « Il « faut remarquer que quand on dit que les dommages « survenus après la mort du testateur ne frappent que

(1) Comme nous le verrons dans la suite, Justinien imposa à l'héritier qui voulait se prévaloir de la loi *Falcidie*, l'obligation de faire un inventaire. Faut-il conclure de là que l'héritier s'étant conformé à la novelle et ayant fait inventaire ne devait jamais payer les legs au-delà de ce qu'il trouvait dans la succession ? Rien, dans les textes, ne conduit à cette solution, et nous pensons que même après avoir fait cet inventaire, l'héritier pouvait être tenu de payer les legs sur ses propres biens, si la succession se trouvait ensuite compromise et diminuée par cas fortuit.

« l'héritier, cela n'est pas toujours vrai et n'a pas lieu
« sans distinction. En effet, les évènements qui pour-
« raient influencer sur la valeur de la totalité dans le cas
« où il n'y a pas lieu à l'application de la *Falcidie*, in-
« flueraient dans notre cas sur la part qui, après appli-
« cation de cette loi, va au légataire. Quand on dit que
« les pertes postérieures au décès ne doivent pas être
« déduites, on veut seulement dire que l'héritier n'a
« pas le droit de diminuer les legs et fidéicommiss, de
« la part de succession qui a péri.

§ 3. — « Or, cette règle est exacte pour les legs de
« choses *quæ pondere, numero mensura ve constant*,
« et ici, en cas de perte survenant postérieurement au
« décès, il n'a rien à déduire de la part qui a été déter-
« minée, d'après l'estimation qui a été faite de ces
« biens tels qu'ils existaient au moment du décès.

§ 4. — « Mais s'il s'agit de corps certains, et de
« choses léguées ainsi : *L'argent qui est dans ce cof-*
« *fre, le vin qui est dans ces tonneaux, le poids d'ar-*
« *gent qui est dans ces magasins*, si ces choses léguées
« viennent à périr ou à se détériorer sans la faute de
« l'héritier, certainement l'héritier ne devra plus rien,
« ou pour celles qui subsisteront, telles qu'elles seront,
« il en devra la portion qui avait été fixée par l'appli-
« cation de la loi *Falcidie* d'après l'estimation faite au
« moment du décès. »

§ 5. — « Pour les choses indéterminées, il faut faire
« une distinction : Si le testateur a légué une chose in-
« déterminée, dans ces termes : *l'argent que le légä-*
« *taire choisira*, et si tout l'argent que possédait le
« testateur vient à périr sans la faute de l'héritier, rien
« ne sera dû. Mais si le testateur a légué simplement
« un poids d'argent, bien que tout l'argent que possé-
« dait le testateur soit péri, néanmoins l'héritier devra

« au légataire, la *Falcidie* s'appliquant, une portion
« de la quantité d'argent qui se trouvait dans les biens
« au moment de la mort du testateur ; les pertes sur-
« venues postérieurement ne diminueront pas cette
« portion. »

Il résulte de ces textes, que, seuls les légataires de quantités ne souffrent ni ne profitent en aucune façon des détériorations ou augmentations postérieures au décès. Mais il n'en est pas ainsi pour les légataires de corps certains, sans doute la quotité de leur legs n'est pas modifiée, la réduction qu'ils subissent reste la même, mais la part qu'ils reçoivent subit nécessairement une augmentation ou une diminution de valeur, suivant que le bien légué s'est trouvé amélioré ou déprécié.

Tels sont les tempéraments que subit la première partie de notre règle, d'après laquelle les dommages postérieurs au décès n'atteignent que l'héritier. L'autre partie de cette règle, qui attribue à l'héritier seul le bénéfice des plus-values postérieures au décès, subit aussi des tempéraments encore plus profonds, plus étendus. Dans tous les cas où ces tempéraments s'appliquent, l'augmentation bien que réalisée après la mort du testateur ne profite pas à l'héritier seul, mais à toute la succession. Le premier cas, le plus rationnel, est celui que prévoit la loi 43, D., à notre titre : Des esclaves se trouvaient prisonniers chez l'ennemi au moment de la mort du testateur, et ils reviennent ensuite. La fiction du *postliminium* doit s'appliquer, il en résulte que ces esclaves sont réputés n'avoir jamais été absents, la période de captivité se trouve effacée, ils sont donc réputés avoir fait partie du patrimoine au moment de la mort et par suite ils doivent être compris dans la masse des biens.

Il en sera de même d'une créance conditionnelle, si la condition se réalise postérieurement au décès, car la condition produit un effet rétroactif.

Les autres tempéraments paraissent moins équitables. Un débiteur du *de cujus* était insolvable au moment du décès, et plus tard il devient solvable; ou bien encore une personne insolvable était débitrice envers un pécule, et elle devient l'héritière du créancier de ce pécule (1).

Dans ce cas, l'augmentation de valeur s'est réalisée après le décès, et, en outre, lorsqu'un débiteur solvable au moment de la mort du testateur devient plus tard insolvable, la perte est supportée par l'héritier seul. On serait donc naturellement conduit à attribuer ici l'avantage à l'héritier, mais les textes sont contraires, l'augmentation profite à la succession et l'héritier devra l'imputer sur sa quarte.

Quel est le motif de cette distinction? Cujas l'expliquait ainsi : la *Falcidie* s'opposait à la complète exécution des dernières volontés du défunt, aussi devait-elle paraître odieuse, et, à ce titre, être restreinte dans son application autant que faire se pouvait. C'est pourquoi, si à la mort du testateur, les legs n'excédaient pas les trois quarts des biens, cela suffisait pour que la *Falcidie* ne s'appliquât pas, quand même l'hérédité se serait trouvée plus tard considérablement diminuée. Que si, au contraire, après la mort du testateur, les créances héréditaires devenaient meilleures, soit par la réalisation d'une condition, soit par l'augmentation de la solvabilité d'un débiteur, les légataires devaient profiter de cette augmentation qui pouvait permettre d'écarter la *Falcidie*.

(1) Loi 56, pr. et 1, D., et loi 83 à notre titre.

On peut ajouter que dans ces hypothèses il n'y avait pas avantage, gain pour la succession au sens propre du mot. Il n'y a véritablement gain, qu'autant que l'acquisition se réalise postérieurement à la mort du testateur. Or, dans nos espèces, l'accroissement a son origine dans une cause antérieure au décès ; c'est bien le montant de la dette que devait le débiteur, quoiqu'il fût insolvable, son obligation est restée la même. (Pothier, *Pandectes*, II, page 627, note 9.)

4. — *Déductions à opérer.*

Après avoir ainsi établi la masse des biens qui composent l'actif de la succession, et en avoir déterminé la valeur, l'héritier doit déduire du chiffre ainsi obtenu tout ce qui diminue cet actif, c'est-à-dire les dettes du défunt, les frais funéraires, et enfin la valeur des esclaves que le testateur a affranchis ou chargé d'affranchir dans son testament. Telles sont les trois principales déductions à opérer, que nous indiquent les Institutes (3, Inst., *de lege Falcidia*, II, 22).

En premier lieu, l'héritier déduira toutes les dettes qui grèvent le patrimoine du défunt, parmi ces dettes il comptera celles que le défunt pouvait avoir contractées envers lui-même héritier (87, 2, D., *ad leg. Falc.*). Ainsi le testateur a institué comme héritier une personne envers qui il était grevé d'un fidéicommiss l'obligeant à lui restituer la somme de cent, cet héritier peut, dans ce cas, déduire cette somme du montant des biens. Toutefois, l'équité fit apporter un tempérament dans une de ces hypothèses ; c'est le cas de la loi 48, D., à notre titre.

Un acheteur devient héritier de celui qui lui avait vendu un esclave ; cet acheteur se trouve évincé, si bien qu'il a contre son vendeur l'action *in duplum*. Néanmoins on décide dans ce cas qu'il ne pourra déduire de l'actif héréditaire que la valeur simple de l'esclave et non le double de cette valeur (1).

De même et réciproquement si c'était le vendeur qui succédât à l'acheteur, il ne compterait dans l'actif de la succession que la valeur simple de l'esclave et non le double.

On comprend parmi les dettes, les choses que l'héritier doit restituer comme composant une donation faite au défunt par son conjoint. Ainsi une femme ayant reçu une donation de son mari meurt avant lui. Son héritier doit restituer le montant de cette donation au mari, la loi 15, 5, D., à notre titre nous dit que l'héritier déduira cette somme du montant de l'actif.

L'héritier peut également déduire de l'actif les choses qui lui appartiennent à lui-même, et qui au moment du décès se trouvaient entre les mains du testateur (7, C., *ad leg. Falc.*, VI, 50).

La loi 85, D., à notre titre nous en donne un autre exemple. Un fils de famille s'étant marié avait reçu une dot de sa femme ; le fils de famille était propriétaire de cette dot. A sa mort, le père institua son fils pour héritier. La loi 85 nous dit que le fils avait le droit de déduire de la valeur de la succession le montant de cette dot, comme lui appartenant déjà. Lorsque le fils ne succédait pas seul, mais avait un cohéritier, il avait le droit de prélever cette dot avant tout par-

(1) Cependant le testateur qui instituait ainsi, comme héritière une personne dont il était débiteur, pouvait exiger qu'elle ne déduisît pas sa créance de la masse dont elle devait retenir le quart. (Loi 12, D., et loi 15, 4, Dig., *ad leg. Falc.*).

tage (20, D., X, 2, *fam. ercisc.*). Dans ce dernier cas, le fils déduisait de sa part héréditaire une portion proportionnelle de sa dot et ses cohéritiers déduisaient le reste.

Parmi les dettes du défunt, il faut comprendre toutes les actions que des tiers pouvaient exercer contre le *de cujus*, et qu'ils peuvent exercer contre l'héritier, donc ce dernier déduira de la masse des biens la valeur que représentent ces actions. Bien entendu, il ne déduira pas les actions qui ne peuvent être intentées que contre le testateur et non contre lui-même, héritier, par exemple les actions pénales (32, pr., D., *ad leg. Falc.* et plusieurs actions *rei persecutoriae* qui sont considérées comme pénales et à ce titre ne passent pas contre les héritiers de celui qui en est tenu, telles que l'action *rerum amotarum*, 21, par., *pen.*, D., *rerum amot*: l'action *de dolo*, 17, pr., et 1, D., *de dolo malo* et plusieurs autres (1).

Enfin, l'héritier a le droit de déduire les dettes, alors même qu'il aurait obtenu des créanciers de l'hérédité, remise d'une partie de ces dettes (3, 1, D., *ad leg. Falc.*). Mais la raison de cette décision se comprendra mieux par l'étude du paragraphe suivant.

Il y a cependant certaines dettes pour lesquelles la déduction peut présenter quelques difficultés. Et d'abord, s'il s'agit d'une dette dont le testateur était tenu conjointement et *corréaliter* avec un autre débiteur, la loi 62, pr., D., à notre titre nous dit qu'il faut distinguer : si les débiteurs *correi* étaient *socii*, on comptera la dette pour moitié dans le patrimoine de chacun. S'ils n'étaient pas *socii*, on ne peut pas savoir dans quel patrimoine il faut compter la dette. Celui

(1) Bonjean, *des Actions*, II, p. 258 et suiv.

des deux qui sera poursuivi par le créancier devra payer la totalité et n'aura aucun recours. C'est encore l'application des règles de la corréalité.

S'il s'agit de dettes conditionnelles, on appliquera les procédés que nous indique Gaïus dans la loi 73, 1, D., à notre titre, et que nous avons déjà exposés.

Après avoir déduit les dettes qui grèvent la succession, l'héritier, nous disent les Institutes, peut encore déduire les frais qu'il a du faire pour les funérailles du testateur, mais il ne pourra déduire que des sommes raisonnables ; par exemple il ne pourrait pas déduire une somme considérable, sous prétexte qu'il a fait élever un monument somptueux à la mémoire du défunt. (Loi 1 *in fine* et loi 2, D., *ad leg. Falc.*).

En troisième lieu, l'héritier a le droit de déduire la valeur des esclaves que le *de cujus* a affranchis dans son testament, soit directement, soit par fidéicommiss. (36, 2, D., *ad leg. Falc.*). Peu importe que ces esclaves affranchis appartiennent au testateur ou à l'héritier, car dans les deux cas il y a pour ce dernier une diminution du patrimoine. S'il a été chargé d'acheter un esclave appartenant à autrui et de l'affranchir, il aura encore le droit de déduire la somme qu'il a dépensée pour acquérir cet esclave. (37, 1, D.).

De même aussi, la loi 39, D., autorise l'héritier à déduire de la succession la valeur de l'esclave qui a reçu la liberté sur l'ordre du prêteur, pour avoir dénoncé les meurtriers de son maître ou le complot formé contre lui.

Telles sont les principales déductions que peut opérer l'héritier. En outre, il pouvait encore, dans le droit classique, déduire la valeur des dons faits aux dieux. (3, S., P., IV, 3.)

Enfin l'héritier déduira en dernier lieu la valeur des

donations faites par le testateur et qui ne sont pas soumises à l'application de la loi *Falcidie*. Nous les avons énumérées plus haut.

5. — *Imputations que l'héritier doit faire sur sa quarte.*

Au point où nous en sommes arrivé, nous avons déterminé l'actif net de la succession à laquelle est appelé l'héritier ; c'est au quart de cet actif que la loi *Falcidie* lui donne le droit de prétendre. Mais l'héritier peut avoir reçu des libéralités du *de cujus*, libéralités directes ou indirectes, entre vifs ou testamentaires, en un mot il peut avoir été gratifié à des titres différents par le *de cujus*. Or il faut distinguer encore quel est celui de ces titres suivant lequel il reçoit les biens. En effet, la loi *Falcidie* avait pour but unique d'assurer l'exécution du testament, la réalisation des dispositions que le défunt y avait écrites, elle ne devait par suite se préoccuper que de la situation qui était faite à l'héritier par le testament, sans s'inquiéter de savoir si le défunt avait gratifié l'héritier par d'autres moyens. Une seule chose importait, c'est que l'héritier trouvât un avantage assez grand dans le testament pour être porté à faire adition d'hérédité. Tel est le principe, et c'est par application de cette idée que les textes nous disent que l'héritier devait imputer sur sa quarte tout ce qu'il recevait du défunt *jure hereditario* à titre héréditaire, c'est-à-dire tout ce qu'il recevait comme héritier, comme succédant à la personne et aux biens du *de cujus*. Au contraire, il ne devait rien imputer de ce qu'il avait reçu à un autre titre ; ainsi il n'avait pas à tenir compte des donations que lui avait faites le défunt ; ni de ce qu'il recueillait *con-*

ditionis implendæ causa, ni des biens qu'il recueillait dans la succession propre de l'enfant du *de cujus*, lorsque ce dernier l'avait par son testament substitué à son fils.

Enfin il pouvait encore retenir, en dehors de sa quarte, les legs et fidéicommiss dont le *de cujus* l'avait gratifié. Dans ce dernier cas, il est vrai, on s'écartait un peu du principe que nous avons posé.

Ainsi l'héritier devait imputer, sur la quarte à laquelle il avait droit, tout ce qu'il recevait *jure hereditario*, c'est-à-dire tous les biens qu'il recueillait dans la succession par suite de son titre d'héritier, et qu'il n'aurait pas recueillis sans ce titre.

Il faut donc placer en première ligne les biens qu'il recevait comme héritier et qui n'étaient grevés d'aucune obligation de restituer par legs ou fidéicommiss; en second lieu les retenues qu'il pouvait opérer sur ceux des biens que le défunt avait destinés à autrui, par exemple les legs que les légataires ne recueillaient pas (76, 1, D.), les legs dont il pouvait écarter le bénéficiaire au moyen d'une exception. (Lois 50 et 51, D.; lois 52, 1, D., à notre titre).

De même encore dans le cas de legs à terme ou sous condition, il imputera sur sa quarte les fruits qu'il aura recueillis sur les choses ainsi léguées jusqu'à la réalisation de la modalité qui affectait ces legs (73, 4, D.). Il en est toutefois autrement lorsque le legs à terme ou sous condition a pour objet sa propre chose. (24, 2, D., *ad leg. Falc.*).

Pour le part des esclaves, il semblerait naturel de donner la même solution, et de décider que lorsque le testateur a légué des esclaves à terme ou sous condition, si des enfants naissent de ces esclaves avant l'arrivée du terme ou de la condition, l'héritier gardera

ces enfants et en imputera la valeur sur sa quarte. C'est ce que décide Paul dans la loi 24, 1, D., *ad leg. Falc.*

Mais cette opinion est combattue par Ulpien et Papien, qui déclarent que le part des esclaves ne peut pas être assimilé aux fruits et qu'il fait partie du legs. (Lois 22, par. 3, et 58, par. 4. D., *ad suc Trebell.*, XXXVI, 1.) Enfin, et par application de notre règle, le père qui reçoit un legs dans un testament où son fils est institué héritier, et qui devient ainsi héritier par l'intermédiaire de son fils, ce père devra compter dans la quarte la valeur de ce legs.

Au contraire, l'héritier n'aura à imputer sur sa quarte aucun des biens qu'il reçoit à un autre titre que *jure hereditario*, et il pourra retenir tous ses biens en plus de sa quarte.

Ainsi, il conservera les donations entre vifs que le *de cujus* a pu lui faire, car ce sont là des libéralités indépendantes du testament (3, S. P, III, 8). Il en est de même des biens que le testateur a pu lui laisser à titre de legs, ou de fidéicomis; sur ce point les textes sont nombreux (7 4, D., *ad leg. Falc.*). Cela semble d'abord contraire au principe que nous posons au début, et d'après lequel la *Falcidie* ne se préoccupait que des libéralités qui pouvaient pousser l'héritier à faire adition, or, il est certain que les legs et fidéicomis faits à l'héritier arrivent à ce but. Mais il n'en est rien, et nous allons voir que cette disposition avait été rendue pour respecter d'une façon plus stricte les dernières volontés du défunt. Le testateur qui n'instituait qu'un seul héritier ne pouvait rien lui léguer; si l'héritier était seul institué, et que le testateur lui eut en outre fait plusieurs legs, il ne pouvait pas conserver le montant de ces legs en dehors de sa quarte.

Ainsi, pour qu'un legs puisse être valablement adressé à un héritier, il faut supposer que le testateur a institué plusieurs héritiers, et le legs qu'il a adressé en outre à l'un de ces héritiers ne peut être valable qu'en tant qu'il grève les parts des cohéritiers qui en sont chargés. En pareil cas, il est certain que le testateur a voulu avantager l'héritier préléataire, lui faire une situation plus favorable, et lui donner plus qu'aux autres. Or, pour respecter cette volonté du testateur, il fallait bien permettre au préléataire de retenir son legs en dehors de sa quarte, sinon la succession étant surchargée de legs, le préléataire n'aurait eu droit qu'à la même part que ses cohéritiers.

Telle fut sans doute la raison pour laquelle on permit ici à l'héritier de retenir en plus de sa quarte, le legs qui lui était adressé, dans la mesure où il grevait ses cohéritiers (loi 91, D., *ad leg. Falc.*).

Du reste, la règle d'après laquelle l'héritier n'imputait sur sa quarte ni les legs, ni les fidécourmis qu'il avait reçus, subissait des tempéraments et des exceptions.

La première est celle que prévoit la loi 22, pr., D., à notre titre. Voici l'espèce : « Titia a institué héritières ses trois filles, pour part égales, et elle les a chargées de legs les unes envers les autres. A l'une toutefois elle a imposé des legs, non seulement envers ses sœurs mais envers des étrangers, à tel point qu'il y a lieu d'appliquer la *Falcidie*. On demande si elle peut user de la *Falcidie* contre ses sœurs de qui elle a reçu elle-même des legs, et dans le cas où elle ne pourrait pas en user ou devrait être repoussée par l'exception de dol, comment devra se faire le compte de la *Falcidie* envers les étrangers ? Paul répond : En principe, ce qu'un héritier reçoit de son cohéritier à titre de legs,

ne profite pas aux légataires pour les dispenser de souffrir le retranchement prescrit par la loi *Falcidie*. Mais quand celui qui doit payer un legs, réclame quelque chose d'après le même testament à celui-là même à qui il doit le legs, il ne saurait invoquer contre ce dernier le bénéfice de la *Falcidie*, si ce qu'il doit recevoir d'après la volonté du testateur supplée ce qu'il désire déduire. Et il pourra compter à l'égard des autres légataires (étrangers), non pas tout ce qu'il donne à son cohéritier, mais seulement ce qu'il lui aurait donné s'il n'avait rien eu à recevoir de lui. »

Supposons par exemple (1), que la valeur totale de l'hérédité soit de 180, et que la somme des legs que Tertia doit acquitter soit de 24 à l'égard de ses cohéritières, et de 36 à l'égard des légataires étrangers, ensemble 60, somme égale à la valeur du tiers qui appartient à Tertia dans l'hérédité. Tertia a droit de retenir un quart de cette somme totale, c'est-à-dire 15, savoir 6 sur les 24 qu'elle doit à ses cohéritières et 9 sur les 36 qu'elle doit aux légataires étrangers.

De plus, Tertia doit recevoir de chacune de ses cohéritières, pour les legs qui lui sont dus, une somme de 6, ensemble 12.

Cette somme de 12 qu'elle reçoit à titre de legs, Tertia ne l'impute pas sur sa quarte. Cela est certain à l'égard des légataires étrangers. Mais en ce qui concerne ses cohéritières, comme elle reçoit d'elles des legs, elle devra compenser la retenue de 6 qu'elle aurait le droit de leur faire subir avec les 12 qu'elle reçoit. Ainsi elle devra intégralement payer à ses cohéritières, la somme de 24.

Il s'établit donc dans l'espèce une compensation

(1) Voir M. Pellat, textes des *Pandectes*, pages 342 et suivantes.

entre les cohéritiers. Cette compensation ne profite qu'aux cohéritiers qui se doivent mutuellement des legs. Elle ne concerne nullement les légataires étrangers. Ceux-ci doivent supporter l'application de la *Falcidie*, comme si le testateur n'avait rien légué par prélegs à l'héritier qui est grevé envers eux.

En second lieu, les textes nous disent que quand le testateur faisait ainsi des legs à un des cohéritiers, il pouvait léguer sous la condition (1) *ut legata integra præstaret*, et, dans ce cas, l'héritier devait choisir : ou accepter le legs et renoncer à la *Falcidie*, ou bien invoquer la *Falcidie* ; mais alors il ne pouvait pas toucher le legs. Ainsi le testateur pouvait obliger l'héritier à imputer sur sa quarte le legs qu'il lui adressait. Marcellus va même plus loin : dans la loi 56, dernier paragraphe, il nous dit que le testateur qui a donné 150 à Titius et qui ensuite institue dans son testament Titius comme héritier, peut léguer le reste de ses biens, car il est censé avoir fourni de son vivant sa part à l'héritier. Dans ce cas, il est censé avoir fait cette donation en vue du testament, et afin que l'héritier ne déduise rien des legs qui lui sont imposés.

A part ces tempéraments, il reste vrai de dire que l'héritier n'impute pas sur sa quarte les legs qu'il reçoit. Il en est de même des fidéicommiss dont il peut bénéficier (loi 15, 7, et loi 91, D., *ad leg. Falc.*).

De même encore, l'héritier n'a pas à imputer sur sa quarte les choses qu'il reçoit du défunt *implendæ conditionis causa* ; en pareil cas, l'acquisition que fait l'héritier a pour base non pas son titre même de successeur, mais une *mortis causa capio*. Gaius, qui mentionne ce cas de non imputation, signale une déro-

(1) 75, D., *ad leg. Falc.*

gation, c'est dans l'espèce où l'argent que l'héritier reçoit ainsi lui est donné par un *statuliber* ; par exemple le testament s'exprime ainsi : J'affranchis Titius, s'il donne dix à mon héritier. Dans cette espèce, nous dit Gaïus, l'héritier reçoit non pas *mortis causa*, mais *jure hereditario* ; en effet, le pécule de cet esclave appartient à l'héritier qui l'a trouvé dans la succession (76, pr., D., *ad leg. Falc.* ; 41, D., *de mort. causa donat.*, XXXIX, 6).

La loi 30, 7, D., à notre titre, cite un cas où l'héritier doit imputer sur sa quarte une somme qu'il paraît cependant recevoir *conditionis implendæ causa*. C'est l'hypothèse dans laquelle un héritier est chargé de restituer l'hérédité à un tiers, moyennant une somme convenue. Il doit alors tenir compte de cette somme, elle n'est pas réputée donnée *implendæ conditionis causa*. Il y a là certainement une dérogation. M. Accarias (1) pense qu'il faut en chercher la raison dans ce fait, que l'observation des fidécourmis fut toujours considérée comme un devoir d'autant plus sacré qu'elle ne constituait pas une obligation légale à l'origine.

Enfin, si un père de famille a substitué pupillairement à son fils une tierce personne, cet héritier n'imputera pas sur sa quarte ce que le pupille avait reçu de son père à titre de legs (60, D.), car la *substitution* n'est qu'une conséquence, un corollaire du testament du père, et les legs que le père a faits au pupille sont réputés faits au substitué.

Il est également certain que le substitué pupillaire n'a pas à imputer sur la quarte, qu'il peut retenir dans l'hérédité du père, les biens qu'il recueille dans la

(1) Acc., *Dr. rom.*, I, page 1120.

succession du fils, et que celui-ci avait reçus d'un autre que de son père. En effet, ces biens n'ont jamais fait partie du patrimoine du testateur (10, D., *ad leg. Falc.*).

Telles sont les principales libéralités que l'héritier peut retenir en dehors de la quarte à laquelle la loi *Falcidie* lui donne droit.

Toutes les règles que nous avons posées s'appliquent aux hérédités fidéicommissaires comme aux hérédités ordinaires, à la *quarte Pégasienne* comme à la *quarte Falcidie*. Cela résulte de nombreux textes de notre titre (90 et 94, D.). Nous avons toutefois signalé plus haut une différence à propos de la loi 30, 7, D., à notre titre.

Cependant la loi 91, D., paraît dire le contraire. Et Cujas se fondant sur ce texte, soutenait en effet qu'il y avait à ce point de vue une différence entre l'héritier grevé de legs et l'héritier grevé de fidéicommis. Le premier, disait-il, n'impute pas sur sa quarte ce qu'il reçoit à titre de legs ou de fidéicommis, ou *conditionis implendæ causa*, tandis qu'il en est tout autrement du second.

Mais cette opinion est contraire aux textes. La loi 91 s'explique. Elle dit bien sans doute que l'héritier chargé de fidéicommis doit imputer sur sa quarte ce qu'il reçoit à titre de legs ou de fidéicommis, mais elle ajoute : « sauf pour la partie du legs que l'héritier reçoit de son cohéritier. » Par conséquent, il n'y a là qu'une application de la règle que le legs fait à un héritier n'est valable que dans la mesure où il grève les parts de ses cohéritiers. Par suite de cette règle, si l'héritier préléataire est grevé d'un fidéicommis s'appliquant à sa part héréditaire, ce fidéicommis comprend bien la partie du legs fait à l'héritier qui lui appartient

comme héritier, mais non celle qui lui appartient comme légataire.

De plus, quant à la partie de cette loi qui parle des choses reçues *implendæ conditionis causa*, elle est formellement contredite par la loi 30, 7, D., *ad leg. Falc.* et tout porte à croire qu'il n'y a là qu'un passage interpolate.

II. — Estimation des legs.

L'héritier doit faire une masse de tous les legs que lui a imposés le testateur, afin de pouvoir apprécier si la valeur totale de tous ces legs réunis dépasse la valeur des trois quarts de l'hérédité. A cet effet, il réunit tous les legs qui ont été valablement faits, sans tenir compte des autres (loi 30, par. 8 et 9 D., *ad leg. Falc.*).

Ici encore l'estimation de chaque legs doit se faire *ex veritate rerum*, sans tenir compte ni de ce que l'héritier a pu payer en plus par sa faute (60, 1 et 61, D.), ni de l'estimation spéciale faite par le testateur (81, 4, D.).

Pour les legs conditionnels et pour les legs à terme, les jurisconsultes nous donnent également des moyens d'évaluation (loi 45, 1 et loi 73, 4, D., à notre titre. Pour les legs conditionnels, nous disent ces textes, le moyen le plus simple est que l'héritier et le légataire se donnent des cautions. Proculus avait, paraît-il, soutenu une autre opinion assez curieuse, mais Paul nous dit qu'elle fut abandonnée. Pour les legs à terme, on diminue de la valeur du legs la quantité de fruits ou d'intérêts dont l'héritier a profité jusqu'à l'arrivée du terme; on agit de même pour les legs conditionnels. En effet, comme nous dit Africain (88, 3, D., *ad leg. Falc.*), ces legs contiennent moins que des legs purs

et simples de la même somme, puisque le légataire est privé des revenus de la chose jusqu'à l'arrivée du terme ou jusqu'à la réalisation de la condition.

Au contraire, supposons qu'un légataire ait reçu un fonds de 20, sous la charge de donner 10 à l'héritier. Ce légataire ne se trouve en réalité bénéficiaire que de la somme de 10, et cependant Hermogénien (40, 1, D.) le considère comme bénéficiant de la somme de 20. Faut-il en conclure avec Pothier qu'il supportera la réduction sur 20 et non sur 10? Cette conséquence serait bien injuste, surtout en présence de la solution que donne Africain pour les legs conditionnels.

Certains legs peuvent offrir quelques difficultés d'estimation, tels sont, par exemple, les legs de libération, les legs de rente annuelle, les legs d'usufruit et les legs d'affranchissement. Aussi les jurisconsultes s'étaient-ils occupés de ces différentes espèces de legs.

Pour le legs de libération, c'est-à-dire le legs par lequel le créancier lègue à son débiteur la libération de sa dette, alors même que le débiteur serait insolvable, il faut estimer ce legs pour toute sa valeur, par conséquent pour le montant intégral de la somme due.

Pour le legs de sommes à payer annuellement, il faut distinguer suivant que ce legs est adressé à une cité ou à une personne physique. La raison de la distinction tient à ce que le legs dans le premier cas est perpétuel, la cité est une personne morale, elle ne périt pas.

Donc si le legs est adressé à une cité, il faut alors l'assimiler au legs d'un capital suffisant pour produire une rente égale à la somme annuelle qui est léguée, sur le pied de 4 0/0. (3, 2, D.),

Si le legs annuel est adressé à une personne physi-

que, la loi 55 nous dit qu'on l'estimera d'après la somme pour laquelle il pourrait être vendu suivant l'âge du signataire. En ce qui concerne le legs d'usufruit, on l'estimait d'après l'âge du bénéficiaire (1, 9, D., *ad leg. Falc.*).

Enfin, pour les legs d'aliments, les jurisconsultes avaient dressé des tables suivant l'âge du bénéficiaire; d'après ces tables, la durée la plus longue du legs était fixée à trente années. Ce système dut être appliqué certainement aux legs d'usufruit (68, 1, D., à notre titre).

III. — Réduction des legs

Après avoir fait ces différentes opérations, l'héritier sait de quelle quantité le montant de la totalité des legs dépasse la somme que le testateur pouvait léguer sans enfreindre les règles de la loi *Falcidie*. Il ne reste donc plus qu'à réduire les legs de telle sorte qu'ils ne dépassent pas les trois quarts de l'hérédité, et que l'héritier conserve intact ce dernier quart, *jure hereditario*. Pour cela, il fera porter la réduction proportionnellement sur tous les legs (1). (73, 5, D., *ad leg. Falc.*). Si les legs dépassent le montant de l'actif net laissé par le testateur, on commence par réduire ces legs à la valeur de l'actif (80, D., *de leg.*, 1, XXX).

La réduction se fait en nature, toutes les fois que cela est possible : s'il s'agit du legs d'une chose indivisible, l'héritier livrera au légataire la chose qui fait l'objet du legs, mais il aura le droit d'exiger que le

(1) Sauf toutefois, bien entendu, les legs qui échappent à la réduction et que nous avons indiqués au ch. IV.

légataire lui rembourse la valeur de la part qui se trouve atteinte par l'application de la *Falcidie*.

La loi 22, 1, D., à notre titre, nous cite un cas dans lequel la réduction ne se fera pas proportionnellement; il faut supposer qu'un testateur a institué pour héritier l'esclave d'autrui en lui imposant des legs, et qu'il a grevé de fidéicommiss le maître de cet esclave. Dans ce cas l'esclave doit d'abord payer intégralement les legs, pourvu bien entendu qu'ils ne dépassent pas les trois quarts de l'hérédité; quant aux fidéicommiss le maître ne les devra que sur ce qui lui parvient; car, nous dit Paul, il ne peut être tenu que jusqu'à concurrence des biens qu'il recueille, et pour ces fidéicommiss il aura le droit de leur appliquer la réduction. Ainsi dans ce cas, la réduction ne portera que sur les fidéicommiss.

Nous trouvons une autre exception dans la loi 49, pr., D. Un testateur lègue un esclave à un tiers, et en même temps il lègue un fonds de terre à cet esclave. Il y a lieu à l'application de la loi *Falcidie*. Les Jurisconsultes avaient discuté sur la façon dont on opérerait ici la réduction. D'après Sabinus, il fallait commencer par faire porter la réduction sur l'esclave. Par exemple l'esclave sera diminué ainsi d'un quart. Le legs du fonds ne vaudra donc plus que pour trois quarts, et c'est sur ces trois quarts que la réduction se calculera. Ce système amenait à appliquer deux fois la réduction au fonds de terre lègue. Mais un autre système prévalut, qui était beaucoup plus équitable. Le legs de l'esclave se trouvant diminué d'un quart, l'esclave devenait la copropriété de l'héritier et du légataire, et dès lors on appliquait la règle: « Toutes les fois qu'un esclave commun entre deux personnes, ne peut pas acquérir pour ses deux maîtres, l'acquisition qu'il fait appartient toute entière à celui pour qui il peut ac-

quérir » (1. 4. D., *de stipul serv.*). Grâce à ce procédé, on ne déduisait plus qu'une part du fonds. C'était beaucoup plus rationnel.

Il nous reste à étudier au sujet de la réduction le cas de la loi 82, à notre titre.

Cette loi s'occupe du cas où un testateur ayant pour toute fortune une créance de 400, lègue au débiteur sa libération et à un tiers une somme de 400. Le débiteur est insolvable ou il n'est solvable que jusqu'à concurrence de 100. Comment fera-t-on la réduction ?

Cette loi, très délicate, a été longuement étudiée par M. Pellat, (textes choisis des *Pandectes* page 296), et nous lui empruntons l'interprétation qu'il en donne.

Rappelons ici la règle que nous avons déjà signalée dans le paragraphe précédent au sujet de l'estimation de ce même legs.

Quand un testateur lègue à un débiteur sa libération, la créance est toujours comptée pour sa valeur nominale à l'égard du débiteur, ce débiteur est réputé solvable vis à vis de lui-même, car la libération lui procure toujours un avantage égal au montant de la dette.

D'autre part, quand on calcule la valeur des biens du défunt pour obtenir le montant de l'actif, on ne compte cette créance que pour ce qu'on peut en retirer (63, 1, D., *ad leg. Falc.*).

Ceci posé, voyons les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

1° Le testateur a légué la créance de 400 au débiteur lui-même, il n'y a pas d'autre legs. L'héritier retiendra 100, et fera acceptilation au débiteur jusqu'à concurrence de 300.

Si ce legs avait été adressé à un autre qu'au débiteur, on vendrait la créance et on estimerait le legs d'après la somme qu'on en retirerait (M. Pellat, p. 300).

2° Arrivons à l'hypothèse même de notre loi ; celle où il y a deux légataires. Si le débiteur est complètement insolvable, on appliquera les règles ci-dessus posées. Le legs fait au débiteur étant réputé bon, est estimé 200, de même que le legs fait à l'étranger. Sur ce legs de 200 fait au débiteur, l'héritier a le droit de retenir 50, pour sa quarte, donc il devra faire acceptilation pour 150. Quant au legs fait à l'étranger, il vaudra ce que vaudra la vente de ce qui subsiste du reste de la créance, c'est-à-dire 250. L'héritier donnera au légataire les trois quarts de ce que rapportera cette vente et il gardera pour lui un quart.

Si maintenant nous supposons le débiteur solvable pour partie, pour 100 par exemple, nous dirons : vis-à-vis du débiteur, le legs est réputé pleinement valable, donc il vaut 200 ; l'héritier lui fera acceptilation de 150 et gardera 50 pour sa quarte.

Quant au légataire étranger, il recevra les trois quarts de 100, c'est-à-dire 75, l'héritier gardera 25 pour sa quarte. Ensuite on vendra ce qui reste dû de la créance, c'est-à-dire 150, et on donnera sur le produit de cette vente les trois quarts au légataire étranger et un quart à l'héritier.

Mais si le débiteur était solvable pour une somme supérieure à la valeur du legs fait à l'étranger, c'est-à-dire pour 250 on calculerait autrement, car ce légataire ne peut pas toucher plus de 150 ; l'héritier garderait 100 dans cette hypothèse.

M. Pellat reconnaît que les solutions ainsi données par Ulpien, sauf la dernière ne sont pas conformes aux principes (édition de 1866 des textes choisis des *Pandectes*). En effet, sur les 100 que peut payer le débiteur on donne 75 au légataire et 25 seulement à l'héritier ; si bien que le légataire reçoit la moitié de ce

qu'il doit avoir, tandis que l'héritier, qui en définitive a droit à 100, ne reçoit que le quart de cette somme. La répartition devrait se faire dans la proportion de 150 à 100, ou de 3 à 2 et il faudrait attribuer à Séius 60 et à l'héritier 40.

L'erreur d'Ulpien, dit M. Pellat, tient à ce que, en appliquant au paiement du legs de Séius, le légataire étranger, et de la quarte retenue sur ce legs par l'héritier, tout ce qu'on peut retirer de la créance diminuée de la partie remise par acceptilation au débiteur, c'est-à-dire 400 moins 150, soit 250, Ulpien oublie que ce reliquat est destiné à fournir aussi à l'héritier la quarte retranchée au débiteur légataire. Sur ces 250, il doit revenir 100 à l'héritier, et 150 à Séius.

CHAPITRE VI

Comment l'héritier agit pour réclamer le bénéfice de la loi Falcidie

Pour s'assurer le bénéfice intact de sa quarte, l'héritier avait plusieurs moyens à sa disposition. Il pouvait, suivant les cas, agir soit par voie de rétention, soit par voie d'action ou d'exception, soit par un interdit. Il pouvait aussi dans certaines hypothèses exiger des légataires une caution destinée à le protéger contre leur insolvabilité. Il employait les uns ou les autres de ces moyens, suivant qu'il se trouvait en possession des choses léguées, ou qu'au contraire, elles étaient entre les mains du bénéficiaire de la libéralité, ou d'un tiers.

Nous étudierons ces deux hypothèses, et nous verrons ensuite le cas où il pouvait demander une caution aux légataires, et quels étaient les caractères de cette caution.

Mais auparavant, posons le principe qui domine toute cette matière.

La loi *Falcidie* opère *ipso jure*, c'est-à-dire que les legs se trouvent diminués de plein droit (1, 5, D, *quod legat.*, XLIII, 3). Par conséquent, l'héritier n'a pas

besoin d'une exception pour repousser la demande exagérée du légataire, le droit de ce dernier étant par le fait seul de l'application de la loi réduit dans une certaine mesure.

1. — Les choses léguées sont encore dans la succession.

Ici l'héritier n'a qu'à exercer le droit de rétention. Il retient une partie de chacun des objets qui ont été légués, lorsque ces objets sont partageables en nature. S'il s'agit de choses indivisibles, il peut en les livrant au légataire, exiger de lui la valeur de la portion à laquelle il a droit par application de la *Falcidie*.

Pour le legs d'usufruit, la loi 1, 9, D, nous dit qu'on estimait autrefois la valeur de l'usufruit, et alors l'héritier devait agir contre le légataire pour obtenir de lui une partie de cette valeur. Mais Ariston proposa un autre moyen plus simple, l'héritier pouvait retenir le quart de l'usufruit légué, directement comme il retenait le quart des choses corporelles. Ce système triompha, il était en effet, plus avantageux pour l'héritier.

2. — Les choses léguées ne sont plus en la possession de l'héritier.

Si les choses léguées ne sont plus dans la succession, l'héritier aura dans presque toutes les hypothèses, une action pour recouvrer la possession de ces choses et arriver à obtenir sa quarte. Les moyens varieront suivant le titre de celui qui possède la chose léguée. Ecartons d'abord le cas où l'héritier sachant

qu'il avait droit à sa quarte, a sciemment livré un legs tout entier montrant par là qu'il avait l'intention de renoncer au bénéfice de la loi. Dans ce cas, l'héritier ne peut pas agir pour recouvrer la possession de la chose qu'il a livrée (9, C, VI, 50, *ad leg. Falc.*).

Mais si l'héritier est grevé de plusieurs legs vis à vis d'une même personne, et s'il a acquitté quelques-uns de ces legs en totalité sans retenir sa quarte, il peut retrancher tout ce à quoi il a droit, sur les choses qui restent à livrer, et si le légataire réclame plus, il sera repoussé par l'exception de dol (loi 16, pr. et 1, D.). Voyons quelles seront les différentes actions que l'héritier pourra exercer.

Et d'abord si au moment de la mort du testateur l'objet légué se trouvait déjà entre les mains du légataire, comme le prévoit la loi 26, D., à notre titre, l'héritier aura le choix entre deux actions. Il pourra demander la restitution de la possession de tout l'objet légué, grâce à l'interdit *quod legatorum* (1, C., *quor. legat.*, VIII, 3; 1, D., *quod legat.*). En outre, comme la loi *Falcidie* agit de plein droit, l'héritier se trouvant copropriétaire du bien légué, pourra réclamer cette part en intentant l'action en revendication. Il n'aura pas besoin pour cela d'avoir fait les calculs indiquant pour quelle part il faut réduire les legs, il pourra agir immédiatement et intenter une *reivindicatio incertæ partis*; il sera alors en état d'indivision avec le légataire.

Dans le cas de la loi 77, 2, D., XXXI, l'action en revendication est remplacée par une action *in factum*, parce que ici il s'agit de la revendication d'une chose incorporelle, d'une dot. Si le légataire se trouve en possession de la chose léguée, par suite d'une faute de l'héritier qui a livré l'objet par erreur sans retenir

sa quarte, l'héritier pourra lui réclamer la partie qu'il a livrée en trop, en intentant contre lui la *condictio indebiti*.

Le légataire a encore pu se faire mettre en possession par l'héritier en le trompant sur la véritable valeur de l'hérédité, et en lui persuadant qu'il pouvait sans danger payer intégralement les legs. L'héritier aura alors l'action *de dolo malo* (23, D., *de dolo malo*, IV, 3).

3. — Caution que l'héritier peut exiger des légataires

Dans un certain nombre de cas, dont nous avons déjà signalé quelques-uns, il était impossible de déterminer *a priori* le montant exact de la totalité des legs, et par suite impossible de décider s'il y avait ou non lieu d'appliquer la *Falcidie*.

En pareille hypothèse, si l'héritier payait dans leur intégrité les legs qui lui étaient imposés, et qu'il s'aperçut ensuite qu'il n'avait pas sa quarte, il pouvait réclamer aux légataires par la *condictio indebiti*, la portion qu'il leur avait indûment payée.

Mais ce n'était pas là une garantie suffisante, car l'héritier pouvait se trouver victime de l'insolvabilité des légataires (1, 9, D., XXXV, 3. *Si cui plus quam...*).

Aussi le prêteur était-il venu à son secours, en lui permettant d'exiger des légataires et fidéicommissaires, une caution destinée à le garantir contre leur insolvabilité. Cette caution (3, 1, D., XXXV, 3) consistait dans l'obligation pour les légataires de fournir des fidéjusseurs, des répondants ; elle était ainsi conçue : *Quod amplius legatorum nomine ceperis, quam lege*

Falcidia capere licebit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dare, etc...

Dans quels cas y avait lieu à cette caution? Toutes les fois, avons-nous dit, qu'il était impossible de savoir s'il y avait ou non lieu d'appliquer la *Falcidia*; or cela pouvait provenir de deux causes, soit parce qu'on ne connaissait pas le chiffre exact de la masse des legs, soit parce qu'on ne connaissait pas le chiffre exact du passif de la succession.

Il était impossible de déterminer le chiffre des legs, lorsque certains de ces legs se trouvaient subordonnés à la réalisation d'une condition, ou lorsque l'héritier venait comme substitué au fils impubère du testateur (loi 1, 12, et loi 31, D., *ad leg. Falc.*), ou bien enfin lorsque le testateur avait affranchi conditionnellement un ou plusieurs de ses esclaves.

De même encore, on ne pouvait déterminer le passif de la succession, lorsqu'il y avait des dettes dont l'existence était suspendue par une condition (1).

Dans tous ces cas l'héritier pouvait demander une caution au légataire et aux fidéicommissaires.

Dans certaines hypothèses, l'héritier avait encore le droit d'exiger une caution autre que celle qui était fondée sur l'application de la loi *Falcidia*. Cela se pro-

(1) Il pouvait aussi y avoir lieu pour l'héritier d'exiger une caution, lorsque le testateur avait fait des legs de somme d'argent à payer annuellement. Ces legs sont réputés faits sous la condition *si vivat legatarius*, le legs de la première année seul est pur et simple, les autres sont conditionnels, par exemple, le testateur a fait deux legs de 84 à délivrer en une fois, et un legs annuel de 30, le testateur avait 200. L'héritier a droit de retenir le quart de 200, c'est-à-dire 50. Il devra donc payer intégralement les deux legs; de même il paiera en entier le legs annuel, la seconde année. Mais s'il le payait aussi une troisième année, sa quote se trouverait entamée de 24. Donc à ce moment il aura le droit de diminuer les deux legs, et de réclamer aux deux légataires une partie de ce qu'il leur a versé, — et ainsi de suite.

duisait, par exemple, lorsque l'héritier se trouvait menacé d'être évincé d'une partie de l'hérédité, comprenant certains objets légués par le testateur; il pouvait alors exiger la caution *evicta hereditate restitui iri* (loi 3, par. 7 et 8, D., XXXV, 3; 9, D., XXXV, 3; lois 41, et 2, D., XXXV, 3). La loi 1, 14, D., XXXV, 3, nous donne encore un exemple d'un autre genre de caution.

En principe, ces cautions pouvaient être demandées par l'héritier à tous les légataires, nous trouvons cependant quelques exceptions dans le titre 3.

Et d'abord le fisc n'était pas soumis à l'obligation de fournir cette caution, à cause de sa solvabilité certaine (3, 5, D., XXXV, 3). D'autre part et d'après un rescrit de Septime-Sévère et d'Antonin Caracalla, les légataires d'aliments étaient aussi dispensés par faveur de cette obligation (3, 4, D., XXXV, 3).

La loi 7 nous offre un troisième cas dans lequel il n'y avait pas lieu à caution : Un testateur a légué à Titius une somme d'argent annuellement, en le chargeant de la distribuer entre diverses personnes. Dans ce cas, lorsqu'une ou plusieurs de ces personnes seront mortes, la part que Titius devait leur donner fera retour à la succession. Mais l'empereur Antonin-le-Pieux défendit à l'héritier d'exiger du légataire la caution *cessantium partes reddi*, à moins que le testateur n'eut expressément dit le contraire. Le motif était sans doute ici comme dans les hypothèses précédentes, qu'il ne fallait pas entraver l'exécution de pareilles libéralités (7, D., XXXV, 3).

Enfin, la loi 6, D., XXXV, 3, nous dit que, d'après un rescrit de Commode, lorsque le légataire ou le fidéicommissaire ne pouvaient pas trouver de caution, le juge avait le droit de leur faire remise de cette obligation.

CHAPITRE VII

De l'application de la Falcidie quand il y a plusieurs institués ou quand il y a substitution

Nous ne nous sommes occupé jusqu'ici que du cas où la succession toute entière allait à un même héritier, mais la situation se compliquait singulièrement lorsque le testateur avait institué plusieurs héritiers en partageant ses biens entre eux, ou lorsqu'au premier institué il avait substitué d'autres personnes. Il se présentait dans ces différents cas des questions d'imputation très délicates, et sur lesquelles les jurisconsultes avaient longuement discuté. Pour les étudier avec soin, nous nous occuperons successivement du cas de plusieurs institutions, du cas de substitution vulgaire, et enfin de la substitution pupillaire.

Supposons donc d'abord que le testateur a partagé ses biens entre plusieurs héritiers.

La première question qui se pose ici est celle de savoir si chaque héritier a droit à une quarte, ou s'il suffit que l'un deux garde par devers lui le quart de l'hérédité. La question pouvait se poser, car nous avons dit bien souvent que notre loi avait pour but d'assurer l'existence et l'exécution du testament du

défunt ; or il est certain que lorsqu'il y a plusieurs héritiers institués, si l'un d'eux fait défaut, cela n'empêche pas le testament de produire son effet, car d'après les principes du Droit Romain sur l'indivisibilité de l'hérédité, la part du renonçant accroît à ses cohéritiers. Néanmoins, le législateur devait assurer une quarte à chaque héritier, pour arriver à respecter absolument les dernières volontés du défunt. Pendant fort longtemps, en effet, l'accroissement entre cohéritiers s'opéra *sine onere*, c'est-à-dire que celui qui bénéficiait de l'accroissement n'était pas tenu d'exécuter les legs que le testateur avait imposés personnellement au défaillant (29, par. 1 et 2, D., *de leg.*, 2^o, XXXI ; 61, 1, D., *eod. libro*).

Il en résultait que dans le cas où l'un des héritiers faisait défaut, les legs à lui imposés restaient sans effet ; il fallait donc intéresser chacun des appelés à accepter la succession en leur donnant à chacun le droit d'invoquer la *Falcidie*, et c'est la règle que nous trouvons aux Institutes.

« *In singulis heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est* » Ainsi, chaque héritier a le droit de retenir le quart de la part pour laquelle il a été institué.

Mais il est bien évident que si un héritier est institué pour plusieurs parts dans un même testament, il faut réunir ces parts et calculer sa quarte sur la masse totale (87, 3, D., *ad leg. Falc.*)

Supposons maintenant que l'un des héritiers institués ne peut faire adition ou répudie la succession, sa part va dans ce cas accroître le lot de son cohéritier. Ce cohéritier a-t-il le droit de retenir deux quartes, une sur sa propre part, et une sur la part qui lui vient du défaillant, en diminuant ainsi les legs qui grèvent chacune des parts, ou bien au contraire doit-il réunir

ces deux parts en une seule et ne retenir que le quart de la totalité ? On voit facilement l'intérêt que présente cette question. Supposons deux héritiers, Primus et Secundus, institués chacun pour moitié, ils prennent par exemple chacun 50,000 francs. Primus est chargé de 25,000 francs de legs, et Secundus de 50,000. Secundus ne recueille pas sa part, et cette part accroît à Primus. Si Primus a le droit de retenir deux quarts il touchera 25,000 francs sur sa part, et un quart sur la part de Secundus, soit 12,500 francs, en tout il gardera donc 37,500 francs. Si, au contraire, il réunit les deux parts, et calcule sa quarte sur la masse totale, il n'aura droit qu'à 25,000 francs et tous legs devront s'exécuter.

Cette question exige des distinctions. Et d'abord il peut y avoir deux causes pour lesquelles un héritier est appelé à recueillir la part de son cohéritier. Il peut la recueillir par droit d'accroissement, parce que ce cohéritier était incapable ou parce qu'il a répudié la succession. Il peut aussi la recueillir par suite de l'application des lois Caducaires.

Si c'est par droit d'accroissement que l'héritier recueille la part de son cohéritier, il faut alors appliquer les règles relatives à l'accroissement. Or, pendant longtemps à Rome, on admit que l'accroissement s'opérait *sine onere*, c'est-à-dire que l'héritier qui recueillait la part du défaillant n'était tenu d'aucune des charges personnelles que le testateur avait pu lui imposer. Cette règle subsista jusqu'à un rescrit rendu par Septime-Sévère et Caracalla, rescrit aux termes duquel, le substitué vulgaire était tenu de toutes les charges qu'aurait dû acquitter l'institué dont il prenait la place. Ce rescrit ne tarda pas à s'appliquer au droit d'accroissement, et, en effet, on en vint à considé-

rer les cohéritiers comme substitués les uns aux autres (1).

Ainsi jusqu'au commencement du troisième siècle, le droit d'accroissement se faisait *sine onere* (61, 1, D., XXXI, *de leg.*, 2^o). Dans un pareil état de choses la question de savoir comment se calculait la quarte, et comment se payaient les legs imposés aux deux parts ne se posait pas, puisque l'héritier n'était pas tenu d'exécuter les legs qui grèvaient la part du cohéritier défaillant.

Quant à ceux dont il était chargé lui-même, ils profitaient certainement de l'accroissement, en ce sens qu'ils devaient être payés sur le montant de tout ce que recueillait l'héritier. Cela apparaîtra très clairement par les textes que nous allons rencontrer.

Cependant de nombreux fragments du Digeste, paraissent contredire le système que nous venons d'exposer, et établir une règle toute différente que l'on peut formuler ainsi : « *Portione gravata adcrecente portioni non gravatae quarta deducitur; portione non gravata adcrecente portione gravatae, quarta non deducitur.* »

Il paraît bien résulter de cette règle, que l'héritier qui recueille les deux parts est tenu d'acquitter les legs qui grèvent la part accroissante, même si ces legs ont été imposés d'une façon particulière au défaillant, comme le prouve l'inégalité de condition faite aux divers institués. Or, le texte le plus précis d'où l'on peut déduire cette règle est de Gaïus, c'est-à-dire d'une

(1) C'est la doctrine la plus généralement suivie. C'était celle de Pothier dans l'ancien droit. Voir M. Machelard, *Dissertation sur l'accroissement*, p. 147; M. Accarias, *Précis de droit Rom.*, I, n^o 363.

époque antérieure à Septime-Sévère et Antonin Caracalla.

Que devient donc notre théorie en présence de ces textes. M. Machelard (*Dissertation sur le Droit d'accroissement*, p. 149) a expliqué cette prétendue contradiction. Il a montré que ces textes s'appliquent non pas au droit d'accroissement, mais au système des lois caducaires, et supposent que la part est recueillie par application de ces lois. En effet, en matière de *caducorum vindictio*, le *pater* qui bénéficiait de la déchéance d'une part caduque, devait supporter les charges qui grevaient cette part (U. R., XVII, 3). Ces textes sont les lois 1, § 14 et la loi 78, D., *ad leg. Falc.*; il importe de les citer.

Loi 1, 14, D. — « Si la part de mon cohéritier étant
« surchargée de legs, tandis que la mienne est intacte,
« je revendique cette part de mon cohéritier, dans ce
« cas Cassius pense que les deux parts doivent être
« confondues en une seule. Proculus est d'avis con-
« traire et Julien pense comme Proculus. C'est cette
« opinion qui nous paraît la plus naturelle; mais
« Antonin-le-Pieux a, paraît-il, décidé qu'il fallait
« réunir les deux portions. »

Loi 78, D. — « Si l'un des héritiers fait défaut, de telle
« sorte que l'autre reste seul héritier, faut-il appliquer
« la *Falcidie* comme si dès l'origine il n'y avait eu
« qu'un héritier, ou bien au contraire faut-il consi-
« dérer séparément les deux parts et leur appliquer à
« chacune la *Falcidie*? Il faut distinguer : si c'est la
« part de l'héritier qui recueille qui est surchargée de
« legs, les légataires pourront se faire payer sur la
« part du défaillant, car cette part n'est pas surchar-
« gée de legs, et il en doit être ici comme dans le cas
« où certains legs ne sont pas payés mais restent à

« l'héritier, ces legs s'imputent sur la quarte et ont
« pour effet d'empêcher ou de restreindre la diminu-
« tion qui aurait atteint les autres legs ; mais si c'est
« la part du défaillant qui est absorbée par les legs,
« on appliquera la loi *Falcidie* à cette part, comme si
« elle avait été recueillie par l'héritier défaillant. »

Il résulte de ces textes qu'il faut distinguer quelle est la part surchargée de legs. Si c'est la part du cohéritier qui recueille, dans ce cas on ne fait qu'une masse des biens et on calcule la quarte sur cette masse. Si c'est au contraire la part vacante qui est surchargée, dans ce cas les deux parts restent distinctes et la quarte se calcule sur chacune d'elles séparément.

Ces textes, disons-nous, s'appliquent au cas où il s'agissait de *caducorum vindicatio*.

La loi 78 est de Gaïus, c'est-à-dire d'une époque où les lois caducaires fleurissaient, d'une époque où par suite l'accroissement entre héritiers institués n'avait plus qu'une application fort restreinte (1). De même la loi 1, par. 14 emploie l'expression de *vindicatio*, ce qui indique, nous dit M. Machelard, l'exercice d'un privilège pour les *patres*, privilège qui était facultatif pour eux et qui supposait une *vindicatio* de leur part, tandis qu'il n'y avait rien de semblable en matière d'accroissement, lequel s'opérait *ipso jure*, même contre le gré de l'héritier qui avait une fois fait adition pour sa part.

Cette loi 1, 14, D., nous montre que les jurisconsultes avaient longtemps discuté pour savoir dans quel sens l'héritier *pater* supportait les charges. Les

(1) Machelard, *Dissertation sur l'accroissement en Droit romain*, page 149.

uns voulaient que dans tous les cas on réunit les deux parts en une seule masse ; c'était l'opinion de Cassius, et elle fut, paraît-il, consacrée par un rescrit d'Antonin-le-Pieux ; d'autres, au contraire, ne confondaient les deux parts que dans le cas où c'était la part vacante qui se trouvait libre de tout legs.

Ainsi nos textes ne s'appliquent pas au droit d'accroissement, et nous posons les deux règles suivantes :

Portio adcrescens sine onere adcrescit.

Caduca cum suo onere fiunt.

Le système qui paraît avoir triomphé sur la question de savoir comment les *onera* seraient supportés quand il y avait caducité, ce système est très rationnel, il est le plus conforme à l'esprit de la loi *Falcidie*. En effet, lorsque la part vacante est surchargée de legs, les légataires ne peuvent être mieux traités qu'ils ne l'auraient été si cette part avait été recueillie ; en donnant à l'héritier le quart de cette portion, en leur laissant les trois autres quarts on applique purement et simplement notre loi ; à quel titre ces légataires pourraient-ils demander à être payés sur ce qui revient à un autre qu'à l'héritier qui était chargé d'acquitter ces legs ?

Dans l'autre hypothèse, celle où la part vacante est libre, et où la part de l'héritier qui recueille se trouve surchargée de legs, on réunit les deux parts ; Gaius nous en donne comme raison, qu'il y a là une situation analogue au cas où l'héritier se trouve dispensé de payer certains des legs qui lui ont été imposés ; ces valeurs qu'il conserve ainsi par devers lui, doivent s'imputer sur sa quarte (50, D., à notre titre). En effet, ce n'est là que l'application de la règle que nous avons posée en nous occupant des choses que l'héritier

devait imputer sur sa quarte. Nous avons dit : l'héritier doit tenir compte de tout ce qu'il recueille par suite de son titre d'héritier, et qu'il n'aurait pas recueilli sans ce titre. Or, on peut certainement dire à ce point de vue que le *pater* recueille la part caduque, par suite de son titre d'héritier.

Ainsi telle est la solution, lorsque deux portions héréditaires se trouvent réunies dans les mêmes mains, par application des lois caducaires.

On admet, comme nous l'avons dit, qu'à partir de Septime-Sévère et d'Antonin Caracalla, le droit d'accroissement perdit l'ancienne prérogative dont il jouissait, et qu'il se fit *cum onere*. Quel système dût-on suivre alors pour régler la répartition des charges ? Nous étudierons ce point après avoir parlé du cas de substitution vulgaire.

Substitution vulgaire. — La substitution vulgaire a pour effet d'appeler à une succession un héritier, pour le cas où la personne qui a été instituée ne pourrait ou ne voudrait recueillir. Le substitué est donc un appelé dont le droit est conditionnel. Ici encore, il y avait lieu de se demander comment on appliquerait la loi *Falcidie*. Supposons par exemple que Primus et Secundus ont été institués héritiers pour parts égales, et de plus Primus a été substitué à Secundus, pour le cas où ce dernier ne recueillerait pas. La substitution s'ouvre par suite du défaut de Secundus, et Primus reçoit en définitive toute l'hérédité ; comment va-t-il payer les legs qui peuvent grever les deux parts, et quelle portion aura-t-il le droit de retenir, conformément à la *Falcidie* ?

A l'origine, le substitué n'était pas tenu d'acquitter les charges imposées à l'institué, il ne les devait que

si le testateur l'avait formellement déclaré (14, 1, D., XXIX, 7, *de jure codicil.*); mais cette théorie avait peu à peu disparu, et le rescrit de Septime-Sévère, que nous avons cité, l'avait définitivement rejetée (61, D., XXX, 1). Ainsi on avait admis que même en cas de silence du testateur, le substitué devait exécuter les charges imposées à l'institué. Telle est du moins l'opinion généralement admise (M. Machelard, *Dissert. sur le droit d'accroissement*, page 148).

Dès lors on appliqua au substitué vulgaire les mêmes solutions que l'on avait données dans le cas de *caducorum vindictio*. La loi 1, 13. D., à notre titre en est la preuve.

1, 13. — « Ce qui va au cohéritier par l'effet de la
« substitution profite aux légataires. Car le substitué
« est dans une situation semblable à celle d'un héritier
« institué purement et simplement pour une part
« et conditionnellement pour une autre part. Quant aux
« legs imposés à celui qui n'a pas recueilli, c'est-à-
« dire à l'institué, ils ne reçoivent aucune augmen-
« tation, du moins quand ils lui sont imposés nomi-
« nativement. »

Ainsi, est-ce la part du substitué qui se trouvait surchargée de legs, dans ce cas, il faut confondre les deux parts et c'est sur ces deux parts réunies que la quarte se calculera. Cette solution est très naturelle la *quarte Falcidie* se détermine en tenant compte de tout ce que l'héritier reçoit *jure hereditario*, or ici il acquiert bien ces deux parts par suite de son titre d'héritier.

Au contraire, est-ce la part de l'institué défaillant qui est surchargée, l'héritier ne réunira pas les deux parts, il payera les legs qui étaient imposés à l'institué, mais il retiendra le quart de cette portion. Ces légataires n'auront pas le droit de se faire payer

sur la part qui est propre au substitué ; et cela n'a rien d'injuste ; car ils ne peuvent être dans une meilleure situation que si l'héritier qui a renoncé avait fait addition d'hérédité.

Cependant dans cette deuxième hypothèse, Pothier donnait une solution différente, en se fondant sur la loi 87, 4, D., à notre titre ; mais nous croyons que cette loi n'a rien de contraire à notre doctrine. Nous la rencontrerons du reste plus bas à propos de la substitution pupillaire.

Telles sont les solutions qui nous paraissent ressortir de la loi 1, 13, D. Dans la fin du texte, Paul nous dit qu'il en était autrement lorsque le testateur imposant des legs à l'institué qui a fait défaut, avait ajouté : je les impose quel que soit mon héritier, *quisquis meus heres sit*. Dans ce cas le substitué devait payer les legs sur sa propre part ; c'est que ces legs lui étaient en quelque sorte imposés directement et au même titre que ceux dont il avait pu être personnellement chargé.

En résumé, nous venons de parcourir les différents textes qui s'occupent de la façon d'appliquer la *Falcidie* lorsqu'un cohéritier recueille plusieurs parts. Ces textes ne nous parlent jamais du droit d'accroissement proprement dit ; ce droit, en effet, était devenu très rare à l'époque classique par suite de l'application des lois Caducaires. Lorsque plus tard il reprit son importance, on dut lui appliquer les mêmes solutions que dans les hypothèses précédentes, cela est d'autant plus probable que, comme nous l'avons vu, on était arrivé, à la suite du rescrit de Septime-Sévère et d'Antonin Caracalla, à considérer les cohéritiers comme tacitement substitués les uns aux autres. On dut par conséquent appliquer les mêmes règles que pour la substitution vulgaire.

La solution que nous avons tirée des textes dans les différentes hypothèses que nous venons de parcourir, n'avait pas été admise sans de nombreuses controverses.

Les Jurisconsultes avaient longuement discuté, nous en avons la preuve dans ce que dit Paul (loi 1, par. 14). Antonin-le-Pieux avait même donné une solution différente, mais elle semble n'avoir pas prévalu (11, 7, D., à notre titre ; loi 87 à partir du par. 1, D., à notre titre).

Substitution pupillaire. — Nous arrivons maintenant au cas de substitution pupillaire, et ici encore l'application de la *Falcidie* avait donné lieu à de grandes difficultés.

Plusieurs cas pouvaient se présenter suivant que le testateur avait institué ou exhéredé son fils impubère, et suivant que le tiers qu'il avait substitué à ce fils, se trouvait ou non héritier institué dans le premier testament. Nous allons les examiner successivement.

Premier cas. — Le testateur a institué son fils héritier pour le tout, et il lui a substitué Titius, pour le cas où ce fils viendrait à mourir avant d'avoir atteint l'âge de puberté. Le fils meurt impubère et Titius recueille sa succession. Le père a pu imposer des legs à son fils, et en imposer au substitué pour le cas où il recueillerait la succession. Supposons qu'il l'a fait et qu'il y a lieu à l'application de la loi *Falcidie*.

Dans ce cas, les textes nous disent que *una tantum in tabulis patris et filii servanda est Falcidia* (1).

Donc, le substitué devra réunir tous les legs et les

(1) $\left\{ \begin{smallmatrix} 11, & 5 \\ 79 & \end{smallmatrix} \right\}$ D., *ad leg. Falc.*; 11, D., XXXV, 3, *si cui plus quam*.

payer tous proportionnellement, que ces legs lui aient été imposés à lui directement, ou qu'ils l'aient été au pupille. Le motif en est que le père est censé n'avoir fait qu'un testament, car dans les deux testaments c'est le même argent, tiré de la même masse, qui fait l'objet des dispositions. Ainsi tous legs imposés par le père se réuniront et se calculeront sur la masse des biens qu'il a laissés à son décès. De ce système il résulte que le substitué peut faire un bénéfice ou une perte, suivant que l'hérédité a prospéré entre les mains de l'impubère ou qu'elle y a dépéri. Par exemple, il devra payer les legs au delà de sa part dans le cas suivant : Le testateur avait laissé 100 à son décès, et il avait fait des legs jusqu'à concurrence de cette somme, les imposant les uns au fils les autres au substitué. Le substitué qui recueille le tout devra donner aux légataires les trois quarts, c'est-à-dire 75. Il devra payer ces 75 même si l'hérédité a dépéri, et si à la mort de l'impubère elle ne vaut plus que 60. Dans ce cas Cujas refusait de reconnaître cette conséquence qui lui paraissait injuste, cependant la loi 11, 5, D, paraît bien formelle. Du reste, le danger que court le substitué n'est pas bien grand, car il pourra forcer les légataires à transiger en les menaçant de répudier la succession.

Deuxième cas. — Le substitué a été institué héritier concurremment avec l'impubère dans le premier testament (1).

Le testateur a pu imposer des legs à l'une et à l'autre

(1) On donne quelquefois dans cette hypothèse, la même solution que dans le cas précédent (M. Accarias, Droit rom., I, n° 370. 1° et 2°). Mais il nous semble impossible en admettant ce système, de pouvoir expliquer les différents textes que nous allons rencontrer.

institution, de plus il a pu en imposer certains à la substitution seule. L'impubère meurt et l'héritier institué recueille sa succession. Comment calculera-t-il sa quarte, s'il y a lieu d'appliquer la *Falcidie*? Nous trouvons ici un certain nombre de textes qui reproduisent la distinction que nous avons déjà faite à propos de la substitution vulgaire et de la *caducorum vindicatio*. Ce sont les lois 1, § 13, 11, § 7, et la loi 87, § 4 et § 5.

Voici en effet ce qui résulte de ces différents textes. Si le père a épuisé en legs la part pour laquelle Titius était institué, mais qu'il ait laissé intacte la part de l'impubère, Titius ne devra faire qu'une masse de tous les biens, et par conséquent il ne pourra rien retenir sur les legs qui lui ont été imposés.

Si pars legatis onerata, parti legatis exhausta accedat, misceantur partes. Les raisons de cette solution sont toujours les mêmes, c'est que l'héritier recueille ces deux parts *jure hereditario*.

Si au contraire c'est la part de l'impubère qui se trouve épuisée par les legs, et que celle de Titius soit intacte, les deux parts ne se réunissent plus, et Titius ne paiera les legs imposés au pupille que dans la mesure des trois quarts de la moitié que le pupille avait reçue. *Si pars legatis exhausta partis non oneratae accedat non misceantur partes.*

Telles sont les deux premières solutions qui nous paraissent résulter de ces textes. Cependant la plupart des auteurs prétendent que les paragraphes 4 et 5 de la loi 87 donnent une solution opposée (1).

(1) Pothier, *Pandectes*, page 638, cite le paragraphe 4 comme contraire à la règle : *Si pars onerata accedit non oneratae...* (De même M. Machelard, *op. cit.*, page 149).

Mais nous croyons qu'il y a là une erreur. Voici ce que disent ces deux paragraphes :

4. — « Un père a institué héritiers pour parts égales
« son fils, impubère et Titius, il a épuisé en legs, la
« moitié revenant à son fils, et il n'en a imposé aucun à
« Titius. On se demande pour quelle somme, Titius qui
« vient à titre d'institué et de substitué par suite de la
« mort de l'impubère, devra payer les legs ?

« On a dit que Titius devait payer les legs en entier ;
« car la confusion des deux moitiés fait que la *Falcidie*
« doit se calculer sur la masse entière, et par
« suite que les legs doivent se payer en totalité. Cela
« est vrai si le fils est mort avant d'avoir succédé au
« père. *Mais s'il a succédé au père, le substitué ne doit*
« *plus les legs que pour la part pour laquelle les devait*
« *le pupille, car il n'est plus obligé en son nom, mais*
« *au nom du pupille, qui ne devait payer aux légat-*
« *aires que les trois quarts de sa moitié.* »

5. — « Mais si c'est la part de Titius qui a été épuisée
« par les legs, et que celle du pupille soit intacte, si la
« substitution s'ouvre, on peut dire que les legs profi-
« teront de l'augmentation, et il faudra agir comme si
« Titius substitué avait recueilli toute la succession,
« parce que son cohéritier avait fait défaut. Car le
« substitué calcule toujours la *Falcidie* sur la masse
« des biens que le testateur laisse à son décès. »

Ces deux textes nous paraissent bien favorables à notre opinion, quoiqu'on en ait dit. Du reste, ces deux textes sont de Julien ; or, dans la loi 1, par. 14, Paul nous dit que Julien adoptait la distinction ci-dessus quand il s'agissait d'accroissement résultant de l'application des lois caducaires.

Cependant il y a quelques textes au Digeste qui semblent repousser notre opinion, en particulier le para-

graphie 8 de la même loi 87 paraît adopter une solution toute opposée. Ce paragraphe 8 a donné lieu à des interprétations laborieuses. Cujas (*quæst. Papin. ad librum XXIX*, p. 777) l'avait longtemps étudié, et avait d'abord proposé de lire dans le texte les mots *nec semis* au lieu de *et semis* (1). Cujas abandonna ensuite cette façon de lire le texte, et il admit finalement l'interprétation suivante :

Le défunt ayant 400, a institué son fils et Titius, héritiers chacun pour moitié ; 200 chacun ; il a imposé à Titius 300 de legs et à son fils 200, puis il a substitué Titius à son fils. Après sa mort, Titius paye ses légataires, il les réduit d'abord de 100, et il leur donne 150 et garde 50 pour sa quarte. Le pupille meurt ensuite sans avoir payé les legs qu'il devait. Sa part va à Titius qui devra réunir les deux portions et calculer sa quarte sur le tout. S'il doit agir ainsi, dit Cujas, c'est pour qu'il n'y ait aucune inégalité, aucune injustice entre les légataires, or, il y aurait eu injustice s'il avait payé les légataires séparément sur chaque part. En effet, en réunissant les deux parts, il y a 400 d'actif et 500 de legs. Titius diminue d'abord les 100 qui

(1) Voici ce texte : « Un cohéritier a été donné au pupille, il paye sur sa part les legs qui lui ont été imposés, en appliquant la *Falcidie*, puis l'impubère mourant, il devient son héritier par substitution. La moitié qu'avait recueillie l'impubère était surchargée de legs, il faudra dans ce cas calculer la *Falcidie* sur le tout ; de telle sorte que faisant supporter une diminution proportionnelle à tous les legs aussi bien à ceux qui lui sont imposés qu'à ceux qui étaient imposés au pupille, l'héritier conserve le quart des biens. En effet, bien qu'il soit héritier du pupille, cependant il doit faire le calcul de la *Falcidie* comme s'il était héritier du père. Et les legs qu'il doit personnellement et qui dépassent les trois quarts de sa part seront ainsi augmentés, de même que si étant institué pour partie et substitué à son cohéritier, il payait les legs qu'il doit en tenant compte de la *Falcidie*, pendant que son cohéritier délibère, et que postérieurement il acquit, par voie de substitution, le reste de l'hérédité. »

excèdent l'actif, ensuite sur les 400 qui restent il retrace sa quarte, c'est-à-dire 100, et il partage les 300 qui restent, proportionnellement entre les légataires, à ceux envers qui il était directement obligé il donne 200, à ceux envers qui le pupille était tenu il donne 100.

Donc les légataires de Titius gagnent 50 à la réunion des deux parts.

Cette solution est très ingénieuse. Elle a été combattue par Jacob Voorda (*ad legem Falcid.*, ch. XI, § 9). Julien, dit-il, ne suppose pas que la part de Titius est dépassée par les legs qui la grèvent, il suppose seulement que plus des trois quarts sont absorbés; de plus il reproche à la solution de Cujas de faire aux légataires de l'impubère une situation trop défectueuse. Aussi Jacob Woorda cherche-t-il à interpréter autrement la loi 87, par. 8. Il suppose d'abord que la part du pupille est surchargée de legs, mais ces legs sont imposés pour moitié au pupille, et pour moitié à la substitution. Dès lors, dans le texte l'expression *semis* ne signifierait plus, *moitié de la succession* mais seulement *moitié de la part du pupille*; ainsi corrigée la loi s'explique. On calculera la *Falcidie* sur le tout, c'est-à-dire sur toute la part du pupille, de telle sorte que Titius ayant payé tous les legs qui sont imposés tant au pupille, qu'à lui institué (mais seulement ceux qui lui sont imposés dans le deuxième testament, il conserve le quart de la moitié qu'il reçoit par l'effet de la substitution.

Ainsi d'après Jacob Woorda, il faut supposer que la part du pupille n'est surchargée de legs que par l'effet du second testament et non par l'effet du premier.

Cette interprétation a le grave défaut de torturer le texte, et de lui donner un sens tout opposé à celui qu'il paraît avoir naturellement.

Comment donc expliquer ce paragraphe 8, comment supposer que dans la même loi, Julien après avoir adopté une opinion, l'abandonne et la rejette quelques lignes plus loin.

La meilleure solution à donner ici nous semble être dans l'interprétation de Cujas. Dans les paragraphes 4 et 5, Julien s'occupe du cas où une des parts seule est épuisée par les legs, dans le paragraphe 4, c'est celle du pupille, dans le paragraphe 5 celle de Titius ; mais dans ces deux cas l'autre part est intacte.

Dans le paragraphe 8 au contraire, les deux parts sont absorbées par les legs, c'est donc un troisième cas que Julien examine après les deux premiers. Dans ce troisième cas, il nous dit que les deux parts devront être réunies. Cette réunion des deux parts en une seule, remarquons le bien, ne modifie nullement la situation de Titius ; qu'il y ait ou non confusion des parts, Titius a toujours le droit de retenir pour sa part la somme de 100. D'un autre côté pour que cette confusion modifie les droits des légataires, il faut bien supposer qu'il y a une des moitiés de la succession qui est absorbée et au-delà, par les legs. Sinon, si le testateur avait imposé 200 de legs seulement à chaque héritier, il n'y aurait aucun intérêt à dire que l'on doit réunir les deux parts. Nous croyons donc qu'il faut supposer avec Cujas que la part de Titius qui est de 200 est grevée de legs jusqu'à concurrence de 300. Lorsqu'il en est ainsi la confusion des deux parts se comprend. En effet il résulte des distinctions que nous avons faites ci-dessus, que lorsque la portion d'un héritier se trouve augmentée d'une autre portion, ses légataires ne doivent jamais en souffrir, mais d'autre part, ils doivent en profiter toutes les fois que cela se peut. Or, il est certain que dans notre

espèce la confusion leur est profitable, puisqu'ils y gagnent 50 (1).

Jusqu'ici nous avons supposé que les legs avaient été imposés aux institutions, mais non à la substitution. Si le testateur avait grevé de legs la part du pupille pour le cas où Titius la recueillerait comme substitué, nous croyons qu'il faudrait encore appliquer les mêmes solutions que ci-dessus.

Troisième cas. — Le testateur a exhéredé son fils impubère, et a institué pour héritier Titius. De plus, il a substitué Titius à son fils pour le cas où celui-ci mourrait impubère.

Dans cette hypothèse, Titius ne doit les legs qui ont pu lui être imposés soit dans le premier, soit dans le second testament, que sur les biens qui lui viennent de la succession du testateur (11, 8, D.). Il devra réunir ces biens en une seule masse.

Quatrième cas. — Enfin le testateur a pu exhéreder l'impubère et lui donner pour substitué un tiers qui n'est pas son héritier à lui, testateur. Dans ce cas, notre question ne se pose pas, le testateur ne peut imposer aucun legs au substitué, puisque ni directement, ni indirectement, ce substitué ne recueille le patrimoine du testateur (2).

Il nous reste encore à examiner un texte relatif au cas de substitution pupillaire, c'est la loi 14, § 2, D., à notre titre. Cette loi suppose que le testateur a institué pour héritiers ses deux fils impubères, et qu'il

(1) En résumé, il est bien certain que la meilleure manière, d'interpréter le texte serait de lire *nec semis* au lieu de *et semis*, comme l'avait proposé Cujas.

(2) M. Accarias, *Droit rom.*, I, n° 370.

leur a substitué Titius. Les deux fils meurent, et Titius recueille leur succession. Le père avait imposé des legs à ses deux fils. Titius devra réunir les deux parts qu'il reçoit, et il calculera sa quarte sur les biens que le père a laissés à son décès. Cette solution est toute naturelle, Titius doit être traité ici comme un héritier institué pour plusieurs parts. Mais nous croyons que cette solution ne s'appliquerait plus si Titius était non seulement substitué, mais institué dans le premier testament ; nous appliquerions alors la distinction ci-dessus faite. D'autre part, nous croyons que la loi 11, 2, D., doit intervenir toutes les fois que Titius n'est pas institué, quelle que soit la façon dont les legs ont été faits.

Woorda paraît donner une solution contraire (ch. XI, § 11).

CHAPITRE VIII

Cas où la Falcidie cesse de s'appliquer

Dans certains cas, l'héritier n'avait pas le droit d'invoquer le bénéfice de la loi *Falcidie*; nous en avons déjà cité un, c'est le cas où il s'agissait du testament d'un militaire, et nous avons dit quelle était la raison de cette exception.

D'autre part, l'héritier restait toujours libre de renoncer au droit que lui donnait la loi, et de payer intégralement les legs que lui avait imposés le défunt (46, D., à notre titre). Cette loi 46 nous dit que l'héritier qui s'est engagé à acquitter les legs dans leur totalité ne peut plus retenir la quarte, mais cette renonciation n'est valable que si elle intervient après la mort du testateur, si elle se produisait avant le décès, elle serait nulle (15, 1, D., *ad leg. Falc.*). En effet, jamais le testateur ne peut enlever à son héritier le droit d'invoquer la *Falcidie*, c'est une loi d'ordre public, et le testateur n'a pas le droit, par exemple, de dire dans son testament : J'institue Séius et Titius mes héritiers, s'ils se contentent de telle somme (inférieure au quart des biens), et s'ils consentent à ne pas invoquer la loi *Falcidie*.

Cependant on permettait par exception dans cer-

tains cas au testateur de tourner la loi *Falcidie*, ou plutôt d'obliger l'héritier à imputer sur sa quarte certaines choses qui ne devaient pas être comptées de droit commun. (15, 4, et loi 12, D., à notre titre.)

De même encore la loi 56, 5, D., que nous avons déjà rencontrée, permettait au testateur de donner de son vivant le quart de ses biens à celui qu'il instituait son héritier, sous la condition qu'il n'invoquerait pas le bénéfice de la loi *Falcidie*. Il est probable que si plus tard le donataire refusait d'accepter la succession, la donation devait tomber.

L'héritier perdait encore sa quarte lorsqu'il s'était engagé à restituer un fidéicommiss *in fraudem legis*, par exemple à une personne incapable de recevoir parce qu'elle était célibataire, ou lorsqu'il avait fait quelque chose pour empêcher l'effet d'une libéralité testamentaire. (59, D., *ad leg. Falc.*)

Enfin, lorsqu'il s'agit de fidéicommiss universels imposés à un héritier, si cet héritier refuse de faire addition d'hérédité, il peut y être contraint par le prêteur. Mais dans ce cas, il n'a pas le droit de retenir la *quarte Pégasienne*.

CHAPITRE IX

Comment Justinien modifia le système de la Falcidie

LA FALCIDIE DANS NOTRE ANCIEN DROIT. — SA DISPARITION

Justinien modifia profondément le système de loi *Falcidie*, et par les coups qu'il lui porta, il prépara sa disparition.

Sa plus grosse innovation fut de déclarer que la loi ne serait plus d'ordre public, et qu'il serait permis au testateur de l'écarter quand il le voudrait, par une déclaration expresse. Nous voulons, dit-il dans la *Novelle* 1, que partout la volonté des testateurs soit respectée. Ce raisonnement peut paraître étrange à première vue ; la loi *Falcidie*, nous l'avons bien souvent répété, avait précisément pour but de veiller à la réalisation des dernières volontés du défunt, elle avait été rendue pour assurer que les testaments seraient exécutés. Aussi nous semble-t-il impossible de voir dans cette innovation, un acte d'imprévoyance de la part de Justinien qui n'aurait pas songé au danger auquel il exposait ainsi le testament, puisque l'héritier institué pouvait ne pas faire adition (1).

(1) M. Accarias, I, n° 403 *bis*.

Nous pensons qu'il faut chercher ailleurs le motif de cette innovation, et nous croyons pour nous que si Justinien a enlevé à la *Falcidie* son caractère de disposition d'ordre public, c'est que ce caractère n'avait plus de raison d'être, et même qu'il était devenu anormal.

Rappelons-nous, en effet, que Justinien assimila complètement les legs aux fidéicommiss (2, C., VI, 43), qu'il supprima toute différence entre eux. Il nous dit à ce sujet, dans les Institutes, livre II, titre xx, par. 3, en parlant de cette constitution :

« Nous avons cru devoir assimiler les legs aux
« fidéicommiss, afin qu'il n'y ait plus entre eux aucune
« différence, et de telle sorte que les legs empruntent
« ce qui leur manque aux fidéicommiss et que ceux-ci
« à leur tour s'enrichissent de ce que les legs peuvent
« avoir de plus avantageux. »

Or, si l'on se rappelle ce que nous avons dit plus haut à propos des fidéicommiss, on doit se souvenir que la *quarte Pégasienne* n'avait jamais été considérée comme étant d'ordre public et que le testateur avait toujours été libre d'enlever à son héritier le droit de la réclamer. Il devenait tout naturel, puisqu'on assimilait les legs aux fidéicommiss, de décider que la *quarte Falcidie* perdrait son caractère de disposition d'ordre public.

Mais, a-t-on dit, n'y avait-il pas là un danger évident pour le testateur, c'est que l'héritier refuserait de faire adition s'il n'y trouvait aucun avantage.

Ce danger, cet inconvénient n'existait plus, ou plutôt Justinien y mit fin par la même *Novelle* 1, qui enlevait à la *Falcidie* son caractère d'ordre public ; il décide en effet que la répudiation de l'héritier institué n'entraînera plus la chute des legs et des fidéicommiss,

mais que les bénéficiaires auront le droit de veiller eux-mêmes à l'exécution des libéralités qui leur sont faites.

Par conséquent, il supprime la règle : *Institutio heredis est caput ac fundamentum totius testamenti*. Or, nous le savons, le système de la loi *Falcidie* était intimement lié au sort de cette règle, et il n'avait été introduit que pour permettre d'obvier aux inconvénients qu'elle entraînait (1).

Une dernière preuve que la *Novelle* 1 dut supprimer la règle *Institutio est caput...*, c'est que nous voyons à partir de ce moment, la loi *Falcidie* tendre à disparaître. En effet, elle ne présentait plus aucune utilité, elle avait perdu sa raison d'être. Aussi Justinien en restreint de plus en plus les cas d'application.

Par exemple, il décide que si l'héritier, sachant que plus des trois quarts de la succession sont absorbés

(1) Tous les interprètes n'admettent pas le sens que nous donnons ici à la *Novelle* 1. M. Accarias décide que cette *Novelle* ne supprima pas la règle *Institutio heredis...*

Nous croyons que le fait que Justinien enleva à la *Falcidie*, son principal caractère, est un gros argument en faveur de la première interprétation.

Dans le système de M. Accarias, il devient très difficile d'expliquer l'innovation de Justinien, relativement à la *Falcidie*. Toutefois, cependant, on pourrait peut-être dire pour la justifier, que la *clause codicillaire* était devenue à cette époque d'un usage courant. Cela demande quelques explications. La *clause codicillaire* était une clause par laquelle le testateur déclarait que si son testament était nul comme testament, il voulait qu'il fut exécuté comme codicille. Elle était autrefois usitée dans les testaments des militaires (3, D., de *Test. mil.*, XXIX, 1). L'empereur Théodore-le-Jeune décida que la *clause codicillaire* devrait être expressément insérée dans le testament pour produire effet (3, C., de *Codic.*, VI, 50). Ceci posé, il est certain que quand le testateur avait inséré cette clause, peu importait que son héritier ne fit pas adition. Les légataires pouvaient exiger eux-mêmes l'exécution de leurs legs. On pourrait donc comprendre que le développement de cette clause et son usage devenu très fréquent sous Justinien, aient permis de supprimer le caractère d'ordre public de la *Falcidie*.

par des legs, en a néanmoins acquitté quelques-uns en totalité, il est censé avoir renoncé à sa quarte, et il ne peut plus invoquer la *Falcidie*, même à l'égard des legs qu'il n'a pas encore payés.

De même, il décide que la réduction de la *Falcidie* ne s'appliquera plus aux legs faits *ad pias causas* (*Nov.*, 135, ch. XII). De même encore, l'héritier ne peut plus invoquer le bénéfice de cette loi qu'autant qu'il a fait inventaire (*Nov.* 1, ch. II, §§ 1 et 2).

Enfin lorsqu'il s'agit de legs immobiliers faits sous la condition expresse que la chose ne pourra être aliénée, ni par le légataire ni par aucun de ses successeurs, la *Falcidie* ne s'applique pas, même dans le silence du testament (*Nov.* 119, ch. XI).

Toutes ces dérogations successives montrent bien que la *Falcidie* avait perdu son utilité, qu'elle allait s'effaçant peu à peu comme une institution vieillie, qui aurait dû être abrogée le jour où disparurent les principes qui lui avaient donné naissance. Mais les Romains ne la supprimèrent pas effectivement et la *Falcidie* continua de subsister comme une mesure sans objet ne répondant plus à aucun intérêt.

Trois siècles après Justinien, les Basiliques la confondent avec la légitime, voici en effet ce que nous y lisons, livre XXXXI, titre 1.

« *Legare licet usque ad bessem: triens enim heredi scripto servatur.*

Les Grecs confondirent ainsi le taux de la *Falcidie* avec celui de la légitime, et crurent que la *Novelle* 18, ch. I, de Justinien s'appliquait aux deux institutions.

Ainsi modifiée, ainsi altérée, la *Falcidie* ne devait pas cependant disparaître, elle passa dans les pays de droit écrit. Mais on avait oublié son véritable sens et les motifs qui l'avaient fait naître. Dans les temps bar-

bares et au moyen-âge, elle se confond encore avec la légitime, et les deux quartes sont réunies sous le nom de *quarte Falcidie* (1).

Sans doute la législation des pays de droit écrit maintint la règle à laquelle était lié le sort de la *Falcidie* : *Institutio est caput ac fundamentum totius testamenti* ; mais cette règle n'avait pour ainsi dire plus de sanction, ce n'était plus qu'un principe dont l'inobservation restait sans conséquence. Les anciens auteurs nous préviennent, en effet, que dans tous les testaments, on avait soin d'insérer la clause codicillaire, c'est-à-dire une clause qui avait pour résultat de conserver leur force aux dispositions insérées dans le testament, nonobstant la caducité de ce testament. Elle était généralement conçue dans les termes suivants :

« Je veux que mon testament vaille en la meilleure forme et manière que faire se pourra. »

Cette clause, nous dit Montvallon (*Traité des Successions*, t. II, ch. VI, art. 2, page 543 en note), se retrouvait dans tous les testaments.

Parconséquent, le fait que l'héritier institué répudiait la succession, n'entraînait plus la chute des libéralités contenues au testament.

Dans un pareil état de droit, la loi *Falcidie* ne se comprenait plus, et son système s'expliquait si peu qu'on en vint à la considérer comme une sorte de réserve créée en faveur des héritiers. De là, la confusion que nous avons signalée plus haut, de là aussi une question qui se posa, et que les jurisconsultes romains ne s'étaient jamais posée :

Lorsqu'un des successibles qui ont droit à une légitime est institué héritier par le *de cujus*, peut-il rete-

(1) Du Cange, *Glossarium*, éd. Didot, t. III, p. 193.

nir à la fois sur la succession la quarte légitime et la *quarte Falcidie*?

Cette question n'avait jamais été soulevée à Rome, et il est certain que l'héritier n'avait pas le droit de cumuler ces deux quartes, qui étaient faites pour des situations bien différentes. Elle apparut dans notre ancien droit, par cela même que l'on ne se rendait plus un compte exact du sens et du but de la *Falcidie*. Certains parlements repoussèrent le droit pour l'héritier de cumuler ces deux quartes, tel fut le parlement de Toulouse. D'autres, au contraire, tels que le parlement de Grenoble, permirent à l'héritier de les retenir l'une et l'autre.

L'ordonnance de 1735 sur les testaments vint trancher la question, et elle décida, dans son article 56, que l'héritier pourrait faire distraction non seulement de la légitime, mais encore de la *quarte Trebellianique* sur les fidéicommiss et de la *quarte Falcidie* sur les legs, sauf intention contraire exprimée par le testateur. On arrivait donc à donner à l'héritier institué les trois quarts de la succession. Quel fut le motif de cette décision qui peut sembler aujourd'hui étrange? Cet article fut certainement inspiré aux rédacteurs de l'ordonnance de 1735, par le désir d'unifier autant qu'ils le pouvaient la législation successorale. Or, la part réservée aux héritiers directs dans les pays coutumiers était beaucoup plus forte que la légitime à laquelle ils avaient droit dans les pays de droit écrit. L'article 56 eut pour but de tempérer cette différence en égalant à peu près les droits utiles de ces héritiers (Viолlet, *Histoire du droit français*, page 756).

Quant aux caractères de la loi *Falcidie* dans notre ancien droit, ce furent à peu près ceux que lui avaient imprimés Justinien.

D'abord le testateur était libre d'écarter quand il le voulait l'application de la loi *Falcidie*, et de priver son héritier de la quarte. (Statut du 14 décembre 1456; Montvallon, II, p. 365). De plus, la *Falcidie* ne s'appliquait pas aux legs pieux.

La loi *Falcidie* ne pénétra pas dans les pays coutumiers. Ricard nous le dit dans son traité des substitutions directes et fidéicommissaires, page 544 : « La quarte *Trebellianique* et la *Falcidie* ne sont point reçues en pays coutumier, c'est pourquoi si un fils avait été chargé de rendre après son décès l'hérité dité en cas qu'il décède sans enfants, son héritier ne peut déduire que la légitime naturelle due au défunt, mais non pas la *Trebellianique*. »

Les pays coutumiers n'admirent en effet jamais le système romain en matière de succession testamentaire, dans ces pays le testateur pouvait exprimer ses volontés comme il le désirait, il n'était pas nécessaire d'instituer un héritier, et la répudiation par les institués ne produisait aucun effet sur les libéralités insérées dans le testament.

La loi *Falcidie* a disparu avec l'ancien régime.

Lors de la discussion du Code civil, il fut question de la conserver et le premier projet élaboré par le Conseil d'Etat, relatif aux donations et testaments, contenait un article 30 ainsi conçu :

Dans les cas où les legs particuliers excéderaient soit la quotité disponible, soit la portion de cette quotité qui resterait après la déduction de la valeur des donations entre vifs, les legs seront réduits entre les légataires particuliers au marc le franc.

« Néanmoins, si, dans les cas ci-dessus, il y a un légataire à titre universel, il prélèvera le quart de la masse libre et n'aura droit au surplus qu'après le paie-

ment intégral de tous les legs particuliers. » (Fenet., t. XII, p. 334.) Cette disposition disparut dans la seconde rédaction.

La *Falcidie* n'avait plus de raison d'être, depuis longtemps elle ne subsistait que par la force de l'usage. Le Code en écartant définitivement les principes qui lui avaient donné naissance n'avait plus qu'à la supprimer.



Des clauses d'emploi et de remploi insérées dans le contrat de mariage

INTRODUCTION

Rien n'est plus fréquent dans les contrats de mariage que les clauses que nous nous proposons d'étudier, et cela s'explique par le grand intérêt qu'elles offrent aux futurs époux, par les nombreux avantages qu'elles présentent et par les garanties qu'elles leur procurent en même temps. Aussi les retrouve-t-on quel que soit le régime adopté, qu'il s'agisse du régime de communauté ou du régime dotal, et même des régimes sans communauté ou de séparation de biens. Quelles que soient les règles qui président à l'association conjugale, il pourra être utile d'insérer ces clauses dans le contrat.

Les mots emploi et remploi désignent deux opérations qui ont entre elles une grande analogie ; leurs effets, nous l'avons dit, varieront suivant le régime

matrimonial, mais on peut dire, d'une façon générale, qu'elles ont pour résultat de faire entrer dans le patrimoine des époux une valeur qui prend les caractères et la nature juridique de la valeur qui a servi à l'acquérir et qui remplace ainsi, à tous points de vue, l'argent ou le bien sorti du patrimoine.

Par exemple, une femme mariée possède un immeuble, ou des meubles qui sont propres, ou bien dotaux ou bien encore paraphernaux. Elle voudrait remplacer ces immeubles, par d'autres immeubles qui jouissent des mêmes caractères que les premiers, de même, elle désire substituer aux valeurs mobilières d'autres biens qui soient dotaux ou paraphernaux comme l'étaient les premiers.

Elle le pourra grâce à l'emploi et au remploi.

Tel sera le résultat de ces deux opérations, mais bien que ce résultat soit identique, il importe de distinguer entre les deux expressions. Dans l'emploi, l'acquisition est faite avec des deniers appartenant en propre à l'un des époux, quelle que soit l'origine de ces deniers ; au contraire, dans le remploi, il y a cette circonstance particulière que les deniers proviennent de l'aliénation d'un immeuble de l'un des époux, les deux hypothèses ne se distinguent donc que par l'origine des deniers. Le remploi, comme on l'a dit, n'est qu'un emploi d'un genre particulier.

Voyons maintenant quels sont les intérêts qui expliquent la fréquence de ces clauses dans les contrats de mariage. Il faut pour cela passer en revue les différents régimes matrimoniaux.

Sous le régime de communauté, chacun des époux peut avoir des deniers propres, que ces deniers proviennent de la vente d'un bien qui lui-même était propre ou qu'ils aient été réservés directement comme

tels lors du contrat de mariage. La communauté a sur ces deniers un droit d'usufruit, ou plutôt de quasi-usufruit, puisque ce sont des choses fongibles, et par suite l'époux en est réduit à un droit de créance, à une récompense qu'il pourra exercer à la dissolution de la communauté. Il se trouve ainsi exposé à toutes les chances d'insolvabilité qui peuvent rendre illusoire son droit de reprise. Au contraire, grâce à l'emploi ou au remploi, l'époux pourra acquérir un propre parfait, c'est-à-dire un bien dont il aura la propriété, et il évitera ainsi les inconvénients qui s'attachent à la qualité de simple créancier. L'avantage est surtout très grand pour la femme, qui n'a aucun droit sur le patrimoine commun et qui est obligée de subir l'administration du mari. Mais il existe aussi pour ce dernier, sans doute, il est moins dangereux pour lui d'être créancier de la communauté, puisque c'est lui qui administre le patrimoine commun, il pourra toutefois, grâce à l'opération de l'emploi ou du remploi, réaliser pour lui-même une acquisition avantageuse, opérer un placement productif.

En outre, chacun des époux y trouvera un autre avantage de premier ordre, celui de pouvoir remédier aux inconvénients, aux injustices qui résultent de l'adoption de la communauté légale.

Sous ce régime, tous les biens meubles que les époux possèdent au jour du mariage tombent dans le patrimoine commun ; au contraire, les immeubles restent propres à celui qui les a apportés. Si donc la fortune de l'un des époux consiste en valeurs mobilières, tandis que son conjoint n'a que des immeubles, les biens apportés par le premier formeront seuls l'actif commun, et à la dissolution de la communauté, cet époux ne pourra reprendre que la moitié de ce qu'il

avait au moment du mariage. Il y aura donc là un avantage évident pour son conjoint. Cette inégalité de condition pourra être évitée par l'insertion au contrat de mariage de la clause d'emploi. En effet, comme nous le verrons plus loin, cette clause permettra à l'époux de se réserver comme propre tout ou partie de ses biens meubles.

C'est surtout sous le régime dotal que les clauses d'emploi et de remploi se rencontrent le plus souvent, et il est peu de contrats de mariage qui ne prennent soin d'atténuer ses inconvénients et ses dangers par leur insertion. Elles offrent les plus grands avantages, non plus toutefois pour les deux époux, comme cela peut se comprendre sous le régime de communauté, mais uniquement pour la femme, et ces avantages varient suivant qu'il s'agit d'emploi ou de remploi.

Et d'abord, l'emploi présentera les mêmes avantages que sous le régime de communauté, il sera pour la femme un moyen de garantir le sort des deniers qu'elle s'est constitués en dot, et d'en assurer la conservation. Le mari est usufruitier des biens dotaux, et lorsqu'il s'agit de deniers, cet usufruit se transforme en quasi-usufruit et entraîne le droit de disposition. Il y a là un danger pour la femme, surtout quand le mari ne possède pas des immeubles suffisants pour répondre de la dot. Simple créancière de son mari, la femme devra à la dissolution du mariage, concourir avec les créanciers de celui-ci, et peut être ne pourra-t-elle recouvrer qu'une partie de ses biens.

Par la clause d'emploi, le mari est obligé de transformer les deniers dotaux soit en immeubles, qui prennent eux-mêmes le caractère de biens dotaux et deviennent inaliénables, soit en meubles corporels déterminés, et il ne pourra aliéner ces biens qu'à la

charge de les représenter par d'autres meubles ou immeubles de même nature.

Les deniers seront donc transformés en valeurs plus sûres, car, *facilius perit pecunia quam corpora*. De plus, la femme pourra lors de la dissolution du mariage, réclamer immédiatement ces nouveaux biens, tandis que pour les deniers dotaux, elle aurait dû attendre un an avant de pouvoir en exiger le remboursement.

Le clause d'emploi offrira donc sous le régime dotal des avantages à peu près analogues à ceux qu'elle présente sous le régime de communauté.

Toute autre sera ici l'utilité de la clause de remploi.

La clause d'emploi, nous l'avons vu, a pour but de restreindre les pouvoirs et le droit de disposition du mari, celle d'aliénation à charge de remploi est au contraire destinée à étendre ses droits. Elle permet, tout en respectant le caractère, tout en conservant les protections que présente le régime dotal, d'échapper aux inconvénients qui résultent de l'inaliénabilité de la dot.

L'inaliénabilité a été établie pour assurer la conservation du patrimoine de la femme, pour le mettre à l'abri des dissipations du mari, mais elle crée une entrave considérable, elle empêche de transformer les biens suivant les besoins du moment, elle oppose une série d'obstacles à la bonne administration de la fortune, et condamne la dot à une immobilité qui peut devenir désastreuse. Or, par la clause permettant l'aliénation à charge de remploi, les immeubles dotaux pourront être vendus, échangés, transformés, et la femme n'aura pas pour cela à craindre que le prix provenant de l'aliénation ne soit dissipé, car le mari ne pourra toucher ce prix qu'à la condition d'of-

frir au débiteur un placement bon et valable, conforme aux stipulations de la clause.

On peut comprendre par là, la fréquence du remploi sous le régime dotal, et il ne serait pas exagéré, croyons nous, de dire que c'est grâce à la possibilité d'insérer cette clause dans les contrats de mariage, que le régime dotal s'est conservé si vivant et si fort dans la pratique. On peut croire que les inconvénients de ce régime, les entraves qu'il apporte à la circulation des biens auraient entraîné sa disparition, si l'on n'avait trouvé le moyen de tourner ces inconvénients.

Enfin, on rencontre aussi quelquefois nos clauses dans les contrats de mariage qui adoptent le régime de séparation de biens ou le régime sans communauté. Sous le régime sans communauté, le mari ayant l'administration et la jouissance des biens de la femme, l'utilité de l'emploi et du remploi se comprend aisément.

Sous le régime de séparation de biens, ces clauses seront peu fréquentes, puisque chaque époux garde l'administration de son patrimoine, mais la femme peut céder cette administration à son mari, d'autre part les clauses pourront avoir été imposées par un donataire ou par les constituants de la dot dans le contrat de mariage, pour assurer à la femme une protection contre son inexpérience ou celle de son mari.

On voit par là combien est grande l'importance de l'emploi et du remploi.

En dehors des cas où les parties ont pris soin de régler elles-mêmes le sort de leurs biens et d'établir ces garanties, le législateur a dans plusieurs textes permis ou même ordonné aux époux de procéder à l'emploi ou au remploi de leurs biens. (art. 1434, 1435, 1450,

1557, 1558.) Nous ne nous occuperons ici que de l'hypothèse où les intéressés ont fait insérer ces clauses dans leur contrat de mariage. La validité de ces clauses ne saurait du reste faire de doute, elle résulte bien clairement de l'article 1387 :

« La loi ne régit l'association conjugale quant aux
« biens, qu'à défaut de conventions spéciales que les
« époux peuvent faire comme ils le jugent à propos,
« pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes
« mœurs. »

Nous aurons à distinguer presque continuellement, suivant le régime adopté par les époux, car nous l'avons vu, les motifs de l'emploi et du remploi sont tout différents sous le régime de la communauté et sous le régime dotal; nous ne croyons pas néanmoins devoir diviser notre sujet en deux parties consacrées l'une au régime de communauté, l'autre au régime dotal, comme cela se rencontre dans presque tous les écrits qui ont traité de cette question; une telle division oblige, croyons-nous, à beaucoup de répétitions, en outre elle ne permet pas de présenter en une fois l'ensemble d'une question et elle nuit ainsi à sa parfaite clarté. Nous nous réservons donc de faire la distinction sur les différents points où cela sera indispensable.

Le Code civil a emprunté les clauses dont nous nous occupons à notre ancien droit où elles étaient depuis longtemps en vigueur. Il convient donc tout d'abord d'en rechercher l'origine et d'en étudier les caractères dans la législation antérieure.

CHAPITRE I

Origine historique des clauses d'emploi et de remploi

C'est dans notre ancienne législation que nous voyons se développer les clauses d'emploi et de remploi, nous allons étudier sous quelles influences et pour quelles raisons.

Mais en ce qui touche plus particulièrement la clause d'emploi, on peut en retrouver des traces jusque dans le Droit romain.

Le régime matrimonial adopté par la législation romaine était le régime dotal, le mari jouissait de pouvoirs très étendus sur les biens que la femme se constituait en dot. L'institution de la *manus* qui subsista jusqu'à la fin de la République, avait pour résultat de placer la femme sous la puissance de son mari, *loco filiae*, de telle sorte que ses biens entraient dans le patrimoine de celui-ci. Sous un tel régime, la clause d'emploi, on le comprend, n'avait aucune raison d'être ; il ne pouvait être question de donner à la femme des garanties puisque du jour de son mariage elle perdait la propriété de sa dot, car la translation de propriété était définitive et le mari n'avait rien à restituer lors de la dissolution de l'union conjugale.

Mais la *manus* n'existait pas dans tous les cas, et si

elle accompagnait ordinairement le mariage, elle n'en était pas cependant une conséquence obligatoire (1). On pouvait donc se demander si dans les cas où il n'y avait pas de *manus*, le mari devenait également propriétaire de la dot à titre définitif, ou si, au contraire, la femme pouvait réclamer ses biens après la rupture du mariage. Même dans cette hypothèse, le mari acquérait sur les biens dotaux un droit de propriété, et ce droit dut être à l'origine absolu et définitif. Mais on en vint peu à peu à permettre de stipuler que la dot serait restituée dans des cas déterminés, et plus tard à sous-entendre cette stipulation de restitution dans tous les cas où le contraire n'était pas formellement dit (2).

Dès lors il était rationnel que l'on cherchât à procurer à la femme des garanties destinées à protéger la dot, à assurer sa conservation, et c'est à ce moment que dut apparaître la clause d'emploi. Cette clause, remarquons-le, fut probablement une des premières protections accordées à la femme, car ce n'est que sous Auguste que nous voyons apparaître les restrictions au droit d'aliéner la dot, tandis que nous trouvons déjà dans Cicéron des traces de notre clause. Cicéron dans un de ses plaidoyers (*Pro Cæcina*) nous parle d'un mari qui, pour assurer le sort de la dot, l'avait colloquée sur un fonds immobilier. En outre, d'après plusieurs textes du Digeste, la femme pouvait convenir que son mari devrait transformer les deniers dotaux en corps certains ou en immeubles (3).

(1) Cicéron, Top. 3.

(2) Du reste, la convention de restitution pouvait s'appliquer même au cas de mariage avec *manus*. C. f., M. Accarias, Droit Romain, I, page 771, note 1.

(3) Loi 21, D., *de pactis dotal.* XXII, 4. — 26, D., *de jure dotium*, XXIII, 3.

Ainsi la clause d'emploi apparut comme une première garantie destinée à protéger la dot, garantie bien faible sans doute, tant que les biens dotaux restaient aliénables au gré du mari.

Quant à la clause de remploi, nous ne trouvons rien de semblable dans la législation romaine, et la raison en est facile à comprendre. Cette clause ne s'explique en effet sous le régime dotal, que comme étant un tempérament à la règle de l'inaliénabilité de la dot ; elle suppose d'une part que la dot est inaliénable, et d'autre part que cette inaliénabilité n'est pas absolue, mais peut être écartée dans certains cas.

Or, jusqu'à Justinien, la dot resta librement aliénable. La loi *Julia*, rendue sous Auguste, avait décidé que le mari ne pourrait vendre les biens dotaux qu'avec le consentement de sa femme ; mais sous cette condition, le droit d'aliéner la dot restait entier.

Il ne pouvait donc être question d'insérer dans le contrat de mariage des clauses permettant aux époux d'aliéner dans certains cas les biens dotaux, puisqu'ils avaient toujours ce droit.

Justinien modifia profondément le caractère du régime dotal, il décida que la dot serait inaliénable, même du consentement des deux époux (1), d'une façon absolue et sans aucune exception. Dans un pareil système, la clause de remploi ne pouvait pas non plus se comprendre, car elle suppose au moins, comme nous l'avons dit, que l'inaliénabilité peut être levée dans certains cas.

Le régime dotal passa du Droit romain dans les pays de droit écrit, et il ne tarda pas à recouvrer le caractère d'inaliénabilité absolue que lui avait imprimé

(1) Loi 29 C., *de jure dotium*, V., 12.

Justinien ; mais un pareil système apportait une grande entrave au commerce et à la circulation des biens. Aussi la pratique chercha-t-elle à obvier à ses inconvénients. On permit d'abord dans certains cas aux époux d'aliéner les biens dotaux, en particulier lorsque le contrat de mariage reconnaissait ce droit au mari ou à la femme ; mais cette faculté d'aliéner donnée purement et simplement, pouvait devenir dangereuse, et elle enlevait à la femme toutes les garanties du régime dotal ; aussi on chercha à la tempérer, et c'est ainsi qu'apparût la clause de remploi, qui imposait l'obligation de donner aux deniers provenant de la vente, une destination déterminée. On arrivait par là à un moyen terme qui, tout en sauvegardant les droits de la femme, permettait de se plier aux besoins de la pratique et de se débarrasser des biens improductifs pour les remplacer par d'autres valeurs (1).

Quant à la clause d'emploi, déjà usitée en droit romain, elle était devenue d'une pratique courante dans les contrats de mariage en pays de droit écrit. Son utilité consistait à apporter en faveur de la femme une garantie nouvelle, en transformant en immeubles des deniers dotaux, car ces deniers, devenant la propriété du mari, pouvaient être dissipés par lui. La clause d'emploi donnait donc une assiette plus sûre, une base plus solide à la dot, et assurait sa restitution. Aussi était-elle devenue très fréquente, et on la trouve cons-

(1) C'est la coutume de Normandie qui paraît avoir imaginé la première, la clause de remploi comme moyen de remédier aux inconvénients du régime dotal. L'article 540 de cette coutume s'exprimait ainsi : « Si le dot de la femme a été aliéné en tout ou en partie, et que les deniers soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari du jour du contrat de mariage et célébration d'icelui. »

Donc cet article admettait que les deniers dotaux pouvaient être convertis au profit de la femme.

tatée dans beaucoup d'arrêts de Parlements des pays de droit écrit.

Suivons maintenant le développement de nos clauses dans les pays coutumiers : dans ces pays, le régime matrimonial usité était celui de la communauté, et nos clauses furent inventées par la pratique comme un moyen de remédier aux injustices qui résultaient de ce régime tel qu'on l'entendit d'abord. Pendant longtemps on ne connut pas la théorie des récompenses; « le mari se doit relever trois fois la nuit pour vendre le bien de sa femme, » nous dit Loysel dans ses *Institutes coutumières*. Il en résultait que dans le cas où le bien propre d'un époux était aliéné, le prix tombait dans la communauté, et aucun droit de créance ne naissait en faveur de l'époux. Ce système conduisait à des résultats injustes, il était contraire au principe de conservation des biens dans les familles et à la règle qui défendait les libéralités entre conjoints. La situation était surtout dangereuse pour la femme. Il est vrai que l'aliénation de ses biens propres ne pouvait avoir lieu sans son consentement (1), et de plus la vente des biens propres était, à cette époque, un fait assez rare. Ces deux considérations peuvent expliquer qu'à l'origine les inconvénients de ce système aient été supportables; mais il est certain que le développement du droit dut bientôt en faire apparaître les injustices et les dangers. Ce fut précisément par l'insertion de la clause de remploi dans les contrats de mariage que l'on remédia à ces inconvénients; en effet, par ce moyen, le nouveau bien acquis avec le prix de la vente du propre était subrogé à ce propre, et prenait la même qualité. L'époux auquel appartenait

(1) Loysel, *Instit. cout.*, livre I, titre 2, règle 17.

le bien vendu devenait ainsi propriétaire de celui qui était acquis en remplacement.

La clause de remploi ne tarda pas à devenir d'une pratique constante, mais elle ne suffisait pas ; l'injustice subsistait lorsque les époux n'avaient pas eu la précaution de l'insérer dans leur contrat de mariage. Aussi peu à peu et sous l'influence de la jurisprudence, on en vint à décider qu'en dehors de toute clause énoncée au contrat de mariage, l'époux dont le propre serait aliéné aurait un droit de créance contre la communauté. C'est ce qu'on appela le remploi légal, ce n'était qu'un simple droit à une récompense, art. 282, Coutume de Paris ; art. 192, Coutume d'Orléans.

Cette théorie nouvelle qui s'était introduite dans la coutume de Paris sous l'influence de Dumoulin et de Lebrun, se développa dans celles des coutumes qui prohibaient les avantages entre époux, et le droit à la récompense y fut rapidement consacré.

Quand à celles qui autorisaient les donations entre conjoints, la lutte fut plus longue et quelques-unes continuèrent à exclure formellement le remploi en dehors des cas où les époux avaient pris le soin de le stipuler. (Coutumes de Bourbonnais, de Metz, de Sens, de Bar, de Blois) (1).

La clause de remploi continua donc à y être très fréquemment stipulée.

Pour les autres coutumes, qui reconnaissaient le droit de l'époux à une récompense, la clause de remploi offrait toujours un grand avantage, puisqu'elle avait pour effet de rendre l'époux immédiatement propriétaire de la nouvelle valeur acquise, tandis qu'il

(1) Pothier, *Communauté*, IV, ch. 1, n° 585. — Lebrun, *Communauté*, livre III, ch. 2, sect. 1, dist. 2.

n'obtenait par l'effet de la loi, qu'un simple droit de créance contre la communauté.

La clause de remploi était une application de la fiction de subrogation d'une chose à une autre, et elle ne produisait ses effets que si la nouvelle acquisition avait été accompagnée de formalités destinées à prouver que cette acquisition était faite avec des deniers propres. (Pothier, *Communauté*, n° 198, *in fine*.)

A côté de la clause de remploi, la clause d'emploi s'était introduite dans les pays coutumiers, comme un moyen d'apporter des modifications au régime légal de la communauté. En insérant cette clause dans leur contrat de mariage, les époux arrivaient à la réalisation tacite des meubles auxquels elle s'appliquait. Ces meubles restaient propres à l'époux au lieu de tomber dans la communauté et en ce qui concerne la femme, cet effet se produisait même quand l'emploi n'était pas réalisé. « Alors même, nous dit Lebrun, que le mari « n'aurait pas fait l'emploi en héritages des deniers « apportés par la femme avec stipulation d'emploi, « ces deniers sont réputés propres à l'égard du mari, « en haine de sa négligence. »

Telles furent les origines des clauses d'emploi et de remploi, nous n'avons voulu donner ici qu'une idée de leur importance et du développement qu'elles avaient pris dans notre ancien droit ; quant aux détails de leur réglementation, quant aux conditions de forme ou de fond auxquelles elles étaient soumises, nous les retrouverons et nous les étudierons dans le cours de cette étude, car nous aurons souvent à nous reporter aux précédents, par suite du petit nombre de textes que le Code a consacrés à l'emploi et au remploi.

CHAPITRE II

Par quelles personnes les clauses d'emploi et de remploi
peuvent être insérées dans le contrat de mariage.
Dans quels termes elles doivent être stipulées.

En principe, et quel que soit le régime adopté par les époux, toutes les personnes intéressées peuvent exiger l'insertion d'une clause d'emploi dans le contrat de mariage.

Ces personnes intéressées seront en première ligne, les futurs époux. Sous le régime de communauté, chacun d'eux y trouvera moyen d'exclure de la communauté une partie de son mobilier (1), et d'éviter ainsi l'injustice qu'entraînerait l'adoption pure et simple de la communauté légale lorsque la fortune de son conjoint est principalement composée d'immeubles, c'est-à-dire de valeurs qui restent propres.

Sous le régime dotal, c'est la femme qui aura grand intérêt à exiger que son mari soit tenu de faire emploi des deniers dotaux.

(1) Nous verrons, en effet, au commencement du chapitre suivant, que la clause d'emploi d'après l'interprétation ordinaire, a pour effet de rendre propres les meubles auxquels elle s'applique.

En second lieu, les ascendants des futurs conjoints et tous ceux qui leur constituent en dot une certaine somme, en un mot tous les donateurs, peuvent exiger que les deniers donnés soient transformés en immeubles ou en meubles d'une nature plus fixe, plus stable.

Du reste, ces personnes peuvent naturellement étendre la clause à toute la somme par eux donnée ou la restreindre à une partie de cette somme. Elle peut décider également que l'emploi devra comprendre même les revenus des valeurs constituées en dot, qui seront ainsi capitalisés jusqu'au moment où l'emploi sera réalisé.

Tout ce que nous avons dit de la clause d'emploi est vrai de la clause de remploi, du moins, lorsque les époux adoptent le régime de communauté (1), et toutes les personnes intéressées peuvent déclarer que tel ou tel bien ne devra être aliéné que sous la condition que le prix en sera remployé. Mais on s'est demandé s'il en est encore de même sous le régime dotal, et si le tiers qui constitue un immeuble en dot à la future épouse, peut imposer comme condition que cet immeuble restera aliénable, mais sous charge de remploi. Rien ne peut s'opposer, nous semble-t-il, à cette solution, le tiers qui fait une donation peut imposer à cette donation telles conditions qu'il juge utiles, pourvu que ces conditions ne soient pas contraires à l'ordre public. Or, l'ordre public n'est pas intéressé à ce que les biens de la femme restent inaliénables.

La femme mineure aurait également le droit dans son contrat de mariage, en adoptant le régime dotal,

(1) Ce que nous disons ici de la communauté s'applique au régime sans communauté et au régime de séparation de biens.

de consentir la clause de remploi avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire à la validité de son mariage. Ce point ne saurait faire de doutes, il est depuis longtemps admis en pratique, que la femme dotale mineure peut donner à son mari l'autorisation pure et simple d'aliéner les immeubles dotaux ; en effet, l'article 1398 autorise le mineur habile à contracter mariage, à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible. Il est donc certain que la femme mineure peut restreindre cette faculté donnée au mari, en l'obligeant à faire remploi du prix.

Dans quels termes les clauses d'emploi et de remploi doivent être stipulées

Comme nous l'avons dit plus haut, les clauses d'emploi et de remploi créent un droit d'exception, elles modifient les règles ordinaires du régime matrimonial adopté par les époux. D'autre part, nous verrons au chapitre suivant, qu'elles donnent à la femme le droit d'agir dans certains cas contre le mari pour le contraindre à exécuter l'emploi ou le remploi. De même aussi, elles imposent souvent aux tiers l'obligation de veiller à leur exécution, sous peine d'être déclarés responsables et condamnés à réparer le préjudice que la femme a pu souffrir.

Puisque ces clauses peuvent avoir d'aussi graves conséquences, elles devront être stipulées, énoncées en termes bien clairs, bien formels qui ne puissent laisser place à aucune équivoque. Mais les époux ne seront pas tenus d'employer des termes sacramentels, nulle part cette obligation ne leur est imposée, et tout ce qu'on peut exiger, c'est que leur volonté, leur inten-

tion apparaisse d'une façon certaine. C'est surtout en ce qui concerne le régime dotal que l'on devra se montrer rigoureux, car c'est sous ce régime que la dérogation apportée aux règles ordinaires par l'emploi et le remploi est la plus profonde.

Pour bien établir ici quel degré de précision les parties devront observer, le meilleur moyen est de considérer les différentes espèces dans lesquelles des doutes ont pu s'élever, sur l'interprétation des formules qui avaient été employées.

Et d'abord, lorsque les époux se seront servis des termes même d'emploi et de remploi, il n'y aura lieu en général à aucune contestation. Par exemple, il est dit dans le contrat de mariage que tel immeuble ne pourra être aliéné qu'à la charge d'en faire remploi. Les expressions employées sont alors bien claires, et l'intention des parties ne peut laisser de doutes.

Cependant, même en présence de clauses conçues dans ces termes, il pourra quelquefois s'élever une incertitude sur l'intention des parties, et l'on pourra se demander dans quelques cas, si elles ont bien voulu que la clause produisit les effets ordinaires du remploi. Le cas s'est présenté devant le tribunal de Poitiers, le 9 janvier 1878, au sujet d'un contrat de mariage dans lequel se trouvait l'article suivant :

« Dans le cas où pendant le mariage, il viendrait à
« être aliéné quelques-uns des propres appartenant
« aux futurs époux, remploi sera fait d'abord sur les
« meubles de la communauté, en cas d'insuffisance, il
« sera pris sur les acquêts, et en cas que les acquêts
« ne soient pas suffisants, remploi aura lieu sur les
« biens propres du futur qui en répondront. »

Le tribunal décida avec raison qu'il ne fallait voir là, qu'une reproduction des art. 1471. 1472 du code civil,

et que le mot remploi avait été pris comme synonyme de reprises ou récompense, que par suite le mari avait pu valablement aliéner un bien sans faire remploi du prix. Sur pourvoi, ce jugement a été confirmé par la Cour de cassation le 7 avril 1879. (Dal., 79, 1, 444). Il était en effet impossible de voir dans cette disposition du contrat, autre chose qu'un simple rappel des articles du code, donnant à l'époux droit à une récompense en cas de vente d'un de ses propres. On reprochait à cette interprétation d'enlever toute utilité à la clause, or, disait-on, l'article 1157 décide que lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. Mais ce n'est pas le cas d'appliquer l'article 1157, cet article vise les hypothèses dans lesquelles il s'agit d'une stipulation qui produira des effets, ou qui au contraire n'en produira aucun, suivant le sens qu'on lui donnera. Ici, on ne peut pas dire que notre clause ne produit aucun effet, puisqu'elle produit au moins les effets de la loi, il s'agit tout simplement de plus ou de moins, et non de tout ou rien, comme dans l'art. 1157.

Il arrive souvent que les époux ne se servent pas des expressions d'emploi et de remploi, mais de formules analogues sur le sens desquelles il est quelquefois difficile de s'entendre.

Plusieurs hypothèses se sont présentées dans la pratique. Ainsi il est dit dans le contrat de mariage, que le mari aura le pouvoir d'échanger l'immeuble dotal, aura-t-il par suite le droit de vendre cet immeuble, sous la condition de faire remploi du prix? La jurisprudence décide avec raison qu'on ne saurait conclure de la première clause à la seconde, les deux

opérations sont absolument différentes; dans le cas d'échange, un immeuble est immédiatement substitué à l'immeuble aliéné, la dot ne change pas de nature, tandis que dans le cas de remploi de l'immeuble aliéné, il est remplacé par des deniers jusqu'au moment où s'effectue le remploi. Il peut y avoir là un danger pour la femme, danger qui n'existe pas lorsqu'il y a échange. (Grenoble, 27 novembre 1835, S, 36, II, 241.)

Une autre clause se rencontre aussi assez souvent dans les contrats de mariage, c'est la suivante : Les époux adoptent le régime dotal, et la femme se constituant certains biens ou tous ses biens en dot, donne au mari le droit de les aliéner, *à la charge par lui de les assurer et reconnaître*. La Cour de Cassation a décidé, par arrêt du 1^{er} août 1844 (S., 45, 1, 71), que cette clause n'obligeait pas le mari à faire remploi du prix des biens qu'il aliénerait. En effet, la clause était ambiguë, elle n'était pas assez formelle pour que l'on put y voir une obligation de remploi, et en déduire toutes les conséquences que cette obligation aurait entraînées. Plusieurs fois, les tribunaux ont reproduit cette décision.

Une espèce presque semblable s'est présentée devant la Cour de Montpellier, mais il s'agissait d'emploi et non plus de remploi. Une femme s'était constituée en dot tous ses biens présents et à venir, en *stipulant que le mari en ferait le recouvrement à la charge par lui en les recevant de les assurer et reconnaître, pour être restitués à la femme ou à ses héritiers*. Cette clause obligeait-elle le mari à faire emploi des sommes qui pouvaient échoir à la femme pendant le mariage, ou suffisait-il que le mari justifiât, pour les toucher, qu'il possédait des immeubles libres, d'une valeur suffisante pour garantir la restitution? La Cour se prononça

dans ce dernier sens et avec juste raison, car les termes de cette clause n'étaient pas assez précis pour justifier des dérogations aux règles ordinaires du régime dotal.

Il arrive aussi quelquefois que la clause d'emploi ou de remploi insérée au contrat, est en quelque sorte alternative, le cas s'est présenté devant la Cour de Cassation, le 7 novembre 1854 (S., 54, 1, 705).

Le contrat contenait dans l'espèce la stipulation suivante : Le mari est autorisé à toucher le montant et à donner décharge des sommes que la femme se constitue en dot, *à la charge d'en faire emploi en acquisitions d'immeubles, ou d'en reconnaître le montant sur ses biens personnels, ou de l'utiliser par un cautionnement.*

Pouvait-on, dans cette espèce, reconnaître à la clause d'emploi une force obligatoire quelconque, soit vis-à-vis des tiers, soit en tous cas vis-à-vis du mari, ou bien n'y avait-il pas là une simple alternative au choix du mari, si bien que la femme ne pouvait pas se plaindre s'il ne faisait pas l'emploi. Le tribunal de la Seine déclara que la clause d'emploi ainsi stipulée était obligatoire et devait produire ses effets ordinaires, mais la Cour de Paris et la Cour de Cassation réformèrent ce jugement. Nous croyons que cette dernière doctrine, celle de la Cour suprême, était plus conforme aux termes de la stipulation insérée au contrat. Tout ce que la femme avait voulu, c'était garantir sa dot, en assurer la conservation, mais par quels moyens ? Elle ne les avait pas rigoureusement indiqués ni surtout limités ; elle autorisait le mari soit à faire emploi, soit à utiliser la dot par un cautionnement, elle le laissait libre de choisir entre ces diverses garanties ; le fait qu'il n'avait pas exécuté l'emploi ne pouvait permettre

à la femme d'agir contre lui. Dans une telle clause, l'emploi n'était pas obligatoire.

On devra également se reporter aux termes du contrat de mariage pour apprécier l'étendue des clauses d'emploi et de remploi; ainsi, quand la condition de remploi n'est exigée que pour l'aliénation ordinaire, c'est-à-dire pour la vente, il ne faut pas l'appliquer aux autres modes de disposition des biens. (Cassation, 21 juin 1861; Dal., 61, 1, 419). Au contraire, elle peut être étendue à tous les cas où un bien sortira du patrimoine; toutefois, même quand la clause aura cette largeur, nous ne pensons pas qu'on puisse obliger les époux à faire remploi lorsqu'ils hypothèquent un immeuble visé par le contrat de mariage. Nous faisons allusion au cas où les époux se marient sous le régime dotal et où le contrat permet *d'aliéner, vendre, échanger ou hypothéquer tout ou partie des biens dotaux sous la condition d'un bon et fidèle remplacement en immeubles*. Le cas s'est présenté devant la Cour de Caen, le 12 janvier 1865 (S., 65, 2, 125); et la Cour déclara, que la condition de remploi s'appliquait non seulement au cas d'aliénation mais au cas d'hypothèque consentie sur un bien dotal.

Il nous semble que cette interprétation est inexacte. Comment supposer que la femme, en donnant à son mari la faculté d'hypothéquer les biens dotaux, lui ait imposé l'obligation d'employer en achat d'immeubles la somme qu'il emprunterait? Si les époux consentent à hypothéquer un bien, ce ne peut être que pour se procurer une somme d'argent destinée à éteindre des dettes, ou en vue de tel autre usage particulier. Obliger le mari à faire remploi de cette somme, c'est enlever à la constitution d'hypothèque toute son utilité, puisque c'est enlever aux époux le droit

de se servir de la somme qu'ils se sont ainsi procurée.

J'ajoute que c'est leur prêter une intention qu'ils ne pouvaient avoir ; comme le disait fort bien le jugement du tribunal de Caen réformé par la Cour : Une semblable stipulation serait un non-sens, elle équivaldrait à la suppression absolue de la faculté d'hypothéquer, c'est-à-dire à la radiation d'une clause du contrat de mariage.

Quels sont donc les motifs qui ont fait repousser cette interprétation par la Cour de Caen ?

Il n'est pas vrai, dit-elle, de décider que la constitution d'hypothèque ne peut jamais être compensée par un remplacement en immeubles, n'y aurait-il que l'emploi spécial déterminé par l'art. 1558.

Ce premier argument n'est pas concluant, car dans notre espèce il s'agit d'un emprunt fait par les époux avec constitution d'hypothèque. Or nous ne voyons pas où sera l'excédent dont il faudra faire emploi. Les époux emprunteront la somme qui leur est nécessaire soit pour payer des dettes, soit pour faire telle opération convenue, et on ne comprend pas qu'il y ait ici de reliquat à placer.

Sans doute dans le cas de 1558 le fait sera fréquent, puisque cet article suppose que les époux vendent un immeuble pour se procurer de l'argent, il est certain en effet que rarement le prix de la vente sera égal à la somme qu'ils désirent, et qu'il y aura très souvent un excédent, mais il n'en est pas ainsi dans notre cas.

En second lieu, la Cour de Caen ajoutait pour justifier sa décision, qu'on ne comprendrait pas que la femme eut voulu pourvoir à la conservation de sa dot en interdisant l'aliénation sans emploi, alors qu'elle en aurait consenti la dissipation plus facile en se ré-

servant le droit de la grever, sans conditions, de charges hypothécaires. C'est résoudre la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si la femme a pu restreindre cette faculté d'hypothéquer, et c'est ce que nous contestons. Le remploi est incompatible avec l'hypothèque, on n'engage pas la dot pour faire des acquisitions. (1).

La femme, dit l'arrêt n'a pas pu vouloir permettre la dissipation de sa dot par ce moyen détourné de l'hypothèque. Mais quelles sont donc les conséquences du système de l'arrêt? Les époux obligés d'emprunter une somme d'argent pour une cause déterminée, vont consentir une hypothèque sur les biens dotaux, cette somme, le mari devra la placer immédiatement, sinon le tiers en homme prudent, refusera de prêter. On tournera donc dans un véritable cercle vicieux, l'hypothèque n'offrira plus d'utilité. On ne comprendrait même pas une pareille opération, il n'y aurait aucun intérêt à hypothéquer des biens pour en acquérir d'autres avec l'argent emprunté.

La Cour de Limoges a consacré l'opinion que nous avons soutenue, dans un arrêt du 6 décembre 1844. (Dal, 45, 2, 150. Le système que nous soutenons paraît aller, nous le reconnaissons, à l'encontre de la volonté des parties, puisqu'il supprime pour le cas où il s'agit d'hypothéquer le bien dotal, la garantie que la femme semble avoir voulu se réserver pour tous les cas où la dot serait aliénée. Mais l'autre opinion aurait en définitive pour résultat de supprimer la faculté d'hypothéquer. On pourrait bien il est vrai, trouver des cas où la clause pourrait s'exécuter, mais ce sont des cas exceptionnels. Par exemple on a dit, les époux hypo-

(1) V. Benech, de l'*Emploi et du Remploi*, n° 78.

théqueraient un de leurs biens pour en acheter un autre qui constituerait une acquisition très avantageuse ou encore, ils hypothéqueraient leurs biens pour se procurer une somme qu'ils prêteraient eux-mêmes, avec une garantie hypothécaire. Dans ces deux cas, la clause serait satisfaite. Ces hypothèses sont exceptionnelles, et il ne nous paraît pas possible que les époux en se réservant la faculté d'hypothéquer les immeubles dotaux, aient eu en vue des cas aussi anormaux. Nous croyons donc qu'il est encore plus conforme à leur intention de dire que dans un contrat de mariage ainsi conçu, l'obligation de faire emploi ne s'applique qu'aux mots aliéner, vendre, échanger.

On peut voir par les différentes espèces que nous avons parcourues, que les clauses d'emploi et de emploi sont des clauses très fréquentes, mais qui doivent être formellement, expressément énoncées, par cela même qu'elles créent un droit d'exception ; on ne devra donc jamais les supposer, et toutes les fois que les expressions employées ne seront pas suffisamment explicites, les clauses ne produiront aucun effet.

« Les notaires ne sauraient apporter trop d'attention dans la rédaction des clauses pouvant soit impliquer, soit exclure la nécessité de l'emploi ou du emploi. Les arrêts offrent en effet des espèces que l'on n'imaginerait que difficilement, et où il semble que les contractants se soient ingéniés à rendre impossible toute certitude, toute conviction éclairée sur ce qui, en réalité, a été convenu. C'est alors inévitablement la lettre du contrat qui sera la base même de toute décision (1). »

Remarquons en terminant que dans presque toutes

(1) Jouitou, *du Régime dotal*, I, page 332.

les hypothèses que nous avons citées, il s'agissait d'époux mariés sous le régime dotal. Il ne faudrait pas conclure de là que les difficultés d'interprétation que nous avons signalées ne se présenteront pas sous les autres régimes ; mais elles s'y présenteront moins souvent. C'est sous le régime dotal que les clauses d'emploi et de remploi sont le plus fréquentes, et c'est là qu'elles produisent les effets les plus étendus. Sous les autres régimes, au contraire, elles n'auront souvent aucune force obligatoire, mais il en pourra être autrement, et alors tout ce que nous avons dit s'appliquera. Le chapitre suivant va du reste jeter la lumière sur cette observation.

CHAPITRE III

Des effets des clauses d'emploi et de remploi

Ces effets varient suivant le régime matrimonial, nous devons donc les étudier successivement : 1° sous le régime de communauté ; 2° sous le régime dotal ; 3° lorsqu'il y a séparation de biens conventionnelle ou judiciaire ; 4° enfin, sous le régime sans communauté.

I. — Régime de communauté

Nous connaissons l'effet général que produit sous ce régime l'insertion des clauses d'emploi et de remploi au contrat de mariage.

La clause d'emploi a pour but de transformer des deniers, des valeurs mobilières en une autre espèce de biens d'une nature plus fixe, plus stable. Ordinairement, elle s'applique à des valeurs que les époux ont eu soin d'exclure de la communauté par une stipulation expresse, et alors elle a pour but de sanctionner plus énergiquement cette exclusion. Mais il se peut aussi que la clause d'emploi se rencontre seule, qu'elle ne soit pas accompagnée d'une autre clause ex-

cluant les meubles de la communauté. Dans ce cas, on admet encore que la clause d'emploi entraîne réalisation tacite des biens auxquels elle s'applique, et qu'elle leur imprime le caractère de propres (1).

Sans doute aucun article du Code ne lui reconnaît formellement cet effet, mais il résulte de la volonté présumée des parties, et de la tradition.

En effet, en disant que tels meubles devraient être employés en acquisitions d'immeubles, les époux ont suffisamment manifesté leur intention d'exclure ces valeurs de la communauté.

D'autre part, la Coutume de Paris disait dans son article 92 : « Somme de deniers donnée par père, mère, aïeul ou aïeule, ou autres ascendants à leurs enfants en contemplation de mariage, pour être employée en achat d'héritages, encore qu'elle n'ait été employée, est réputée immeuble à cause de sa destination. »

Sans doute, cet article ne parlait que de sommes données par un ascendant, mais ce n'était là qu'un exemple, le principe qu'il posait était général, ainsi que le constate Pothier. (*De la Communauté*, n° 317.)

Enfin cette solution n'a rien de contraire à l'esprit de notre Code. Les articles 1500 et 1503, qui accordent la faculté d'exclure de la communauté tout ou partie du mobilier, ne règlent rien sur la forme et les termes de cette convention.

On admet en outre que la clause d'emploi produit immédiatement cet effet, par cela seul qu'elle a été stipulée, avant même qu'elle soit exécutée, et alors même qu'elle ne le serait pas. En effet, les époux

(1) Toullier, XIII, n° 318. — Bellot des Minières, III, p. 49. — Battur, II, p. 393. — Rodière et Pont, II, n° 1293. — Troplong, n° 1946.

peuvent faire telle convention qu'ils jugent à propos, et leur volonté fait loi. Peu importe que l'emploi soit ou non réalisé plus tard, l'intention des parties n'en est pas moins certaine, et cela suffit.

Du reste, l'ancien droit donnait déjà la même solution (Voir art. 93 de la Coutume de Paris, cité plus haut. Voir aussi Hismes, 19 décembre 1830 ; Dal., *Rép.*, V^e, *Contrat mar.*, n^o 2711).

Quant à la clause de remploi, nous savons qu'elle tend à faire entrer dans le patrimoine de l'époux, dont un bien propre a été aliéné, une valeur équivalente, propre comme le bien vendu et au même titre. Mais ici la question que nous nous sommes posée sur l'emploi n'existe pas. La clause de remploi ne peut certainement produire son effet qu'autant qu'elle est exécutée. Cela est presque évident, car tant que le remploi n'est pas effectué, le prix provenant de l'aliénation est propre, mais ce ne peut être un propre au même sens que le bien qui a été aliéné, ce ne peut être qu'un propre imparfait, dont la communauté devient propriétaire, par suite de son droit d'usufruit sur les biens de chacun des époux.

Tel est l'effet général que produisent les clauses d'emploi et de remploi ; nous avons à nous demander maintenant en quoi elles peuvent modifier les rapports des époux, soit entre eux, soit à l'égard des tiers (1).

I. — Effets des clauses d'emploi et de remploi entre les époux

A ce point de vue, la première question qui se pose, est celle de savoir si la clause d'emploi ou de remploi

(1) Nous ne nous occupons que du cas où la clause est intervenue en faveur de la femme.

modifie les droits d'administration du mari, et si elle est obligatoire pour lui, s'il est tenu de l'exécuter, et dans quel temps.

Pour la résoudre, il importe de distinguer suivant les termes dont les époux se sont servis.

Et d'abord, s'il s'agit d'une clause pure et simple ordonnant l'emploi et le remploi sans indications spéciales, par exemple en ces termes : « Il sera fait remploi des propres de la femme », une telle stipulation n'aura aucune force obligatoire à l'égard du mari. Il restera libre d'exécuter l'emploi et le remploi, quand il le jugera utile, il pourra retarder même l'opération jusqu'à la dissolution, puisque le contrat ne lui impose pas l'obligation d'agir dans un temps déterminé. C'est là l'opinion ordinairement admise.

Cependant M. Laurent (t. 21, n° 386) a proposé un autre système, et, d'après lui, le mari doit opérer le remploi dès qu'une occasion favorable se présente, sinon la femme peut agir contre lui pendant le mariage pour le contraindre à remplir ses obligations, dans la mesure où elle le pourra. Mais cette opinion nous semble exagérer la portée de la clause dont nous nous occupons, surtout en présence du droit d'administration qui appartient au mari commun. Pour que ce droit se trouve restreint, il faut que le contrat de mariage se soit formellement exprimé sur ce point.

Il se peut que la clause soit plus explicite, et il arrivera souvent qu'elle prescrira l'emploi ou le remploi en indiquant un délai dans lequel il devra être exécuté.

En pareil cas, nous pensons que la clause doit être considérée comme entraînant pour le mari l'obligation de l'exécuter dans le temps qu'elle a déterminé ;

et qu'à défaut la femme a le droit d'agir contre lui-même pendant le mariage.

En effet, la fixation d'un délai dans lequel l'opération doit être effectuée, montre bien qu'on a voulu restreindre les pouvoirs du mari, lui enlever la disposition des capitaux de la femme. En décider autrement c'est refuser tout effet à cette stipulation, c'est la considérer comme absolument inutile, c'est aller contre la volonté des époux.

Cependant cette solution est vivement contestée. Beaucoup d'auteurs soutiennent que la clause d'emploi ou de remploi ne peut avoir force obligatoire à l'égard du mari, la femme, disent-ils, ne saurait troubler l'administration du mari par des réclamations qui seraient un sujet de scandale (1). De plus, nulle part la loi ne permet de forcer le mari à exécuter l'emploi ou le remploi.

Il est facile de répondre que si la loi ne donne pas à la femme le droit d'agir contre le mari, c'est que nulle part notre Code ne s'est occupé des effets de l'emploi et du remploi conventionnels. Or, la convention d'emploi ou de remploi est certainement possible, comment donc veut-on qu'elle ne produise aucun effet. On paraît redouter le scandale que créera cette action, mais il y aurait bien plus grand scandale à laisser la femme désarmée en présence du mari qui peut agir par fraude, et qui néglige peut-être d'exécuter la clause, afin de dissiper les deniers appartenant à sa femme. De plus, l'action en séparation de biens n'est-elle pas beaucoup plus scandaleuse.

Nous croyons donc que quand la stipulation d'em-

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, III, n° 1075. — Costard, *Recue prat. de Jurispr.*, IX, page 413.

ploi ou de remploi imposera l'obligation d'agir dans un certain délai, le mari sera tenu de s'y conformer, sous peine d'être responsable envers sa femme.

Toutefois l'ancien droit, il faut le reconnaître, donnait dans cette hypothèse une solution contraire à celle que nous proposons, et nos anciens auteurs paraissent ne considérer la clause, que comme constituant pour le mari une obligation simplement morale (1).

La jurisprudence décide ordinairement que le remploi n'est pas obligatoire pour le mari. (Cassation, 1^{er} mars 1859; Dal., 59, 1., 122. — Angers, 18 mars 1860: Dal., 60, 2, 82).

Mais on peut remarquer que dans la plupart des hypothèses où les décisions judiciaires sont intervenues, la clause n'était pas suffisamment formelle et pouvait être à juste titre, considérée comme un simple rappel des articles 1434 et 1435.

La responsabilité du mari, son obligation d'exécuter l'emploi ou le remploi ne pourra pas faire de doute, lorsque la clause insérée au contrat de mariage lui aura imposé cette obligation sous la sanction d'une clause pénale, ou bien encore lorsqu'elle se sera ainsi

(1) Lebrun, *Traité de la Communauté de biens*, p. 351, n° 4. — Ferrières, *Sur la Cout. de Paris*, art. 232, n° 51. Mais nous croyons qu'il ne faut pas tirer argument de cette décision. En effet, il suffit de se rappeler que pendant longtemps dans l'ancien droit, l'aliénation d'un immeuble propre ne donna à la femme aucun droit de récompense contre la communauté. Ce fut précisément pour remédier à ce grave inconvénient que l'on introduisit la clause de remploi, et même beaucoup de coutumes continuèrent à décider qu'en dehors du cas où cette clause avait été insérée au contrat de mariage, la femme n'aurait aucun droit de reprise. (Lebrun, page 352, n° 6). Ainsi l'effet primitif de la clause de remploi fut seulement de donner à la femme une récompense. Il est tout naturel que l'on ait continué à considérer la clause comme ne produisant que ce résultat.

exprimée : Les premières acquisitions faites par le mari serviront de remploi à la femme.

Ces clauses s'étaient introduites dans la pratique de l'ancien droit, et cela se comprend, puisqu'on ne donnait pas alors une action à la femme pour contraindre le mari au remploi. Mais la première ne tarda pas à être interdite par l'ancienne jurisprudence comme donnant aux époux le moyen de s'avantager pendant le mariage.

Leur validité ne saurait aujourd'hui faire de doutes.

Ainsi les clauses d'emploi et de remploi auront dans la plupart des cas, pour résultat de modifier le droit d'administration du mari, de l'obliger à donner une certaine destination aux biens propres de la femme, sous peine d'engager sa responsabilité. Nous nous contentons ici de poser ce principe. Quant à la nature de l'action de la femme, quant aux effets qu'elle pourra avoir, nous les étudierons plus loin, en nous occupant des conséquences de l'inexécution des clauses d'emploi et de remploi.

Tout ce que nous avons dit à propos du remploi s'applique également à la clause d'emploi, cette clause sera obligatoire pour le mari et modifiera son droit d'administration dans la mesure que nous venons d'indiquer.

La femme commune trouvera donc une protection très réelle, dans l'insertion au contrat de mariage, de pareilles dispositions. On peut craindre que le mari ne cherche à se soustraire à la nécessité de les exécuter, et qu'il n'abuse de son ascendant, de son autorité pour obtenir de la femme une renonciation au bénéfice de ces clauses. On s'est demandé si une pareille renonciation intervenant pendant le mariage produirait ses

effets ou si, au contraire elle devait être considérée comme non avenue.

Par exemple, le mari touche les deniers dont il doit faire remploi ou le prix de l'immeuble propre qui a été aliéné, la femme peut-elle l'exonérer de l'obligation qui lui incombe et le dispenser de se conformer au contrat de mariage?

Nous n'hésitons pas à répondre négativement, l'article 1395 est formel, il interdit toute modification aux conventions matrimoniales, et l'on sait que le législateur en insérant cette disposition a eu pour but principal de soustraire la femme à l'influence et à l'autorité du mari, qui pourrait postérieurement lui faire consentir des changements désastreux pour elle.

Cependant quelques arrêts ont soutenu une opinion contraire, en se fondant sur cette idée que les clauses d'emploi ou de remploi étaient une faveur pour la femme, et qu'elle pouvait y renoncer. Nous citerons en particulier un arrêt de la Cour de Lyon du 11 Juillet 1857, S., 58, 2, 6, dans lequel nous lisons : « Attendu que si la femme ne peut changer les stipulations de la
« constitution matrimoniale qui la régit, elle peut
« toujours par des dispositions particulières, à mesure
« que le cas s'en présente, se désister du bénéfice de
« ces stipulations ». C'est méconnaître absolument l'article 1395. Du reste la Cour de Cassation s'est prononcée en faveur du système que nous avons présenté par un arrêt du 19 Juillet 1865, S., 65, 1, 372. Voir aussi Toulouse, 10 Décembre 1886; *Gazette des Tribunaux.*, 30 Décembre 1888.

II. — Effets des clauses d'emploi et de remploi dans les rapports des époux avec les tiers

De droit commun, les biens de la femme sous le régime de communauté restent dans le commerce, ils demeurent aliénables et peuvent être vendus soit par le mari seul s'il s'agit de valeurs tombées dans l'actif commun, soit par le mari avec le consentement de sa femme, s'il s'agit de biens restés propres à celle-ci. Les tiers qui traitent avec le mari n'ont donc en principe rien à craindre, car le mari en agissant ainsi n'excède pas ses pouvoirs, et ils n'ont pas à redouter que la femme puisse plus tard venir critiquer les actes passés, les ventes conclues.

Il en est autrement sous le régime dotal, sous lequel la dot de la femme est soustraite à la libre circulation, et frappée d'inaliénabilité et d'insaisissabilité. Sous ce régime, les pouvoirs du mari sont par suite très restreints, et singulièrement modifiés. Les tiers avec qui il traite, doivent se tenir sur leurs gardes, et se rappeler qu'en dehors de cas déterminés, ils ne peuvent acquérir aucun droit sur la dot de la femme.

D'autre part, les époux qui adoptent un régime matrimonial, peuvent le modifier à leur gré, ainsi s'ils se marient en communauté, ils peuvent insérer dans leur contrat quelques-unes de ces garanties propres au régime dotal. L'article 1387 leur permet de régler leur association comme ils le jugent à propos, et ils sont libres de stipuler que tels ou tels des biens apportés en dot, ne seront aliénables que sous certaines conditions ou même deviendront absolument inaliénables. Ces modifications qu'ils apporteront ainsi au

régime de la communauté seront opposables aux tiers, ceux-ci devant consulter le contrat de mariage, et veiller à ce que les conditions mises par exemple à l'aliénation du bien soient remplies, s'ils veulent acquérir des droits sur ce bien.

De pareilles stipulations n'ont rien de contraire à l'ordre public, les époux étaient libres d'adopter le régime dotal, pouvant le plus, ils peuvent le moins. Aussi leur validité est-elle aujourd'hui reconnue par tous, et la jurisprudence les sanctionne depuis longtemps (1).

Mais pour que les époux arrivent à ce résultat, pour que cette stipulation produise ses effets, il faudra qu'elle soit clairement énoncée au contrat de mariage, il faudra que cette dérogation aux règles ordinaires de la communauté soit formelle, afin que les tiers soient avertis et ne deviennent pas victimes de l'ambiguïté des termes employés.

Ceci étant admis, on s'est demandé si ces conséquences devaient s'attacher à l'insertion dans le contrat de mariage, des clauses d'emploi et de remploi. Le fait par des époux qui adoptent le régime de communauté, de déclarer que le mari ne pourra aliéner les immeubles de sa femme qu'à charge de remploi, ou bien encore qu'il ne pourra toucher les créances dues à la femme que sous la condition expresse de faire emploi des deniers, pourra-t-il être considéré comme entraînant inaliénabilité et insaisissabilité des valeurs ainsi désignées? En d'autres termes, les clauses d'emploi et de remploi sous le régime de communauté, sont-elles opposables aux tiers, de telle sorte que ceux-ci soient obligés, pour se libérer, de ne payer entre les

(1) Cassat., 3 février 1879, *Pand. franc. chronol.*, tome VI, 1^{re} partie, p. 45.

maines des époux, qu'à la condition de s'assurer que la somme par eux versée reçoit la destination prévue au contrat de mariage?

C'est là une question qui s'est souvent posée et qui a soulevé de vives controverses. Il nous paraît tout d'abord certain que la clause d'emploi ou de remploi pure et simple, ne saurait avoir pareil effet; le mari jouit sous le régime de communauté de pouvoirs très étendus, il est administrateur des biens propres de sa femme, et l'article 1428 lui donne le droit d'exercer toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à celle-ci. La clause dont nous parlons, pourra sans doute restreindre ses pouvoirs en lui imposant vis-à-vis de sa femme des obligations qu'il n'aurait pas eues de droit commun, mais elle ne regarde nullement les tiers; ceux-ci se trouvent en présence d'un administrateur dont les droits sont larges, ils payent entre ses mains ce qu'ils doivent à la femme, et ce paiement les libère. Cela est presque évident, et tous les auteurs l'admettent aujourd'hui.

Cependant, même dans cette première hypothèse, M. Benech (*de l'emploi et du remploi*, n^{os} 108 et 109) admettait que la clause produirait effet vis-à-vis des tiers, et que s'ils payaient entre les mains du mari sans surveiller l'exécution de cette clause, la femme pourrait se retourner contre eux, les poursuivre et exiger d'eux un nouveau paiement.

Quelques anciens arrêts de cours d'appel avaient également admis cette opinion, et décidé que la simple insertion au contrat d'une clause d'emploi et de remploi, soumettait au régime dotal les biens auxquels elle s'appliquait (1).

(1) Caen, 22 mars 1839; Dal., 39, 2, 490. — Caen, 17 décembre 1750; Dal., 51, 2, 213.

L'article 1392 suffit à repousser cette opinion ; pour que les époux soumettent leurs biens au régime dotal, il faut une déclaration formelle de leur volonté. Il ne suffit pas qu'ils aient, en adoptant le régime de communauté, inséré une clause d'emploi ou de remploi dans leur contrat de mariage. Du reste, l'intention même des époux peut s'interpréter autrement. Tout ce qui résulte d'une pareille clause, c'est qu'ils ont voulu faire un propre parfait et donner à la femme une garantie particulière, mais il n'en résulte pas qu'ils aient voulu renoncer au droit d'aliéner les biens visés par la clause, lorsqu'ils le jugeraient nécessaire.

Une telle interprétation serait de nature à tromper les tiers, qui n'oseraient plus traiter avec les époux, si bien que la clause se retournerait contre l'intérêt même de la femme.

Mais il peut arriver que le contrat de mariage ne se contente pas de stipuler purement et simplement l'emploi et le remploi, il se peut qu'il impose aux tiers l'obligation de veiller à son exécution. Ainsi une femme se marie sous le régime de communauté, elle stipule que ses immeubles propres ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi, et elle ajoute : Cette clause ressortira effet à l'encontre de tous tiers, qui devront s'y conformer pour se libérer.

Dans ce cas, nous donnons une solution contraire à celle que nous avons donnée dans l'hypothèse précédente, cette clause doit produire tous les effets que les époux ont voulu y attacher. Par conséquent, si un tiers se rend acquéreur d'un immeuble propre de la femme, il ne devra verser son prix entre les mains du mari, qu'autant que celui-ci offrira un nouvel immeuble destiné à remplacer le premier. Si le tiers ne prend

pas cette précaution, s'il paye sans surveiller la destination que le mari donne aux deniers reçus, il reste débiteur, car le paiement qu'il fait n'est pas valable. En effet, les époux sont libres de faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, ils peuvent les modifier à leur gré, pourvu qu'ils avertissent loyalement ceux avec lesquels ils contracteront plus tard, des obligations qu'ils assumeront. Cette interprétation nous semble ressortir presque inévitablement des termes de la clause. Aussi c'est en ce sens que se prononcent aujourd'hui les auteurs et les arrêts (1).

Cependant l'opinion contraire a eu d'ardents défenseurs, et les anciens arrêts l'ont pendant longtemps sanctionnée.

« La femme, dit M. Troplong, peut toujours rentrer
« dans sa liberté, elle a vendu sans condition, l'ac-
« quéreur a acheté légalement, il n'a pas le droit d'in-
« tervenir entre le mari et la femme pour surveiller
« l'emploi de son prix, la femme pourrait toujours lui
« dire: Moi qui ai capacité pour vendre mes propres,
« j'ai aussi capacité pour décider que le remploi ac-
« tuel m'est préjudiciable, car avec l'autorisation de
« mon mari, j'ai la libre administration de mes droits.
« Je ne veux donc pas du remploi actuel, j'aliène mon
« droit à cet égard, ou si vous voulez: le remploi ne
« regarde que moi, il est étranger à l'intérêt des
« tiers (2). »

Ce raisonnement ne porte pas, car nous avons déjà

(1). Auby et Rau, V, page 344, texte et n° 13. — Guillouard, *Contrat de mar.*, II, par 506. — Colmet de Santerre., VI, n° 79 bis, VI. — Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, I, 700.

(2) Troplong, *Contrat de mar.*, II, n° 1085. — Costard, *Revue prat.*, t. IX, page 420. — Cass., 29 déc. 1841, S., 42, 1, 5.

montré que la femme ne peut pas pendant le mariage renoncer à une garantie qu'elle a stipulée dans son contrat. L'erreur des partisans de cette opinion, le motif pour lequel ils ont refusé de reconnaître à la clause de remploi un effet contre les tiers, tient à une confusion : Ils ont confondu la question de savoir si la clause de remploi est opposable aux tiers, avec une autre question connexe, mais qui diffère de la première, et qui est celle-ci ; Cette clause ainsi stipulée opposable aux tiers, entraîne-t-elle adoption du régime dotal ? Or, ce sont là deux points de vue bien distincts sur lesquels on peut sans contradiction, donner des solutions différentes (1).

C'est aussi par suite de cette confusion que pendant un certain temps, la jurisprudence a paru refuser à la clause de remploi stipulée comme nous le supposons, tout effet à l'égard des tiers (2).

Mais depuis, la jurisprudence a reconnu son erreur, un arrêt du 8 juin 1858 de la Cour de Cassation, rendu toutes chambres réunies, faisait le premier la distinction de ces deux points de vue. « La clause d'un contrat de mariage d'époux communs, portant que les immeubles de la femme ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi, n'a pas pour effet, *quoiqu'elle soit opposable pour les tiers aussi bien que pour le mari*, de frapper ces immeubles de dotalité. »

Depuis lors, de nombreux arrêts ont admis l'obligation pour les tiers, qui payent entre les mains du mari, de surveiller la destination qu'il donne aux deniers reçus, et dans un arrêt de la chambre des requêtes du 30 novembre 1886 (S. 87, 1, 401). M. le conseiller rap-

(1) Marcadé, *Recue critique*, t I, p. 225.

(2) Cass., 1^{er} mars 1859, S., 59, 1, 402. — Bourges, 7 juin 1842 ; Dal., 43, 2, 31 et 35. — Bourges, 30 avril 1840 ; Dal., 41, 2, 16.

porteur Ballot Beaupré fit très nettement ressortir la distinction dont nous parlons :

« L'aliénabilité à charge de emploi, n'est rien autre
« chose, dit-on, que l'inaliénabilité dotale. Mais c'est
« inexact, car la Cour de Cassation a jugé à différen-
« tes reprises, que la stipulation imposant au mari
« pour les immeubles de sa femme, l'obligation d'un
« emploi accepté par celle-ci, est valable sous le
« régime de la communauté, et ne suffit pas pour
« entraîner soumission même partielle au régime
« dotal (1). »

Nous arrivons ainsi à cette deuxième question, que nous distinguons bien nettement de la précédente, et nous disons : Faut-il aller plus loin, faut-il décider que les futurs époux qui adoptent le régime de communauté, pourront en insérant au contrat une clause de emploi, frapper d'inaliénabilité réelle les biens auxquels elle s'appliquera, en d'autres termes, les rendre biens dotaux au sens de l'article 1554 ? Les conséquences seraient alors les suivantes. Les tiers acquéreurs de ces biens qui auraient payé sans surveiller le emploi, n'auraient pas rempli les conditions mises à la possibilité d'aliéner le bien, ils n'en auraient donc pas acquis la propriété, la femme pourrait revendiquer son immeuble comme ayant été aliéné en dehors des conditions permises par le contrat de mariage. Telle serait la première conséquence. D'autre part, il faudrait en outre décider que ces biens étant inaliénables seraient insaisissables, et que les créanciers de la femme, pour dettes contractées pendant le mariage, n'auraient aucune action sur ces biens.

On voit combien cette question diffère de la précé-

(1) Voir aussi Cass., 19 juillet 1865, S., 65, 1, 372.

dente ; en décidant que la clause de remploi pouvait être opposable aux tiers, nous n'en avons tiré qu'une seule conséquence. C'est que ces tiers devaient surveiller l'exécution du remploi, sinon le paiement qu'ils avaient fait était nul. La femme pouvait donc leur réclamer une seconde fois le prix de l'immeuble, mais elle ne pouvait pas revendiquer contre eux cet immeuble, car l'aliénation avait été valablement faite.

Pour résoudre cette deuxième question, nous croyons utile de rappeler une idée déjà émise. Les époux peuvent insérer dans leur contrat de mariage, telle clause qu'ils jugent à propos, et ils peuvent soumettre quelques-uns de leurs biens au régime dotal, mais il faut que dans ce cas ils expriment bien clairement leur intention.

Or, le fait de dire dans leur contrat, qu'il devra être fait remploi du prix des immeubles de la femme, sous la responsabilité des tiers, peut-il être considéré comme constituant une clause assez nette, assez précise pour soumettre ces immeubles au régime dotal ?

Nous ne le pensons pas, cette clause nous paraît équivoque, elle peut recevoir deux interprétations. On ne sait si les époux ont voulu adopter le régime dotal, ou s'ils ont simplement voulu imposer au tiers acquéreur d'un immeuble une obligation personnelle.

Le doute est possible, par conséquent, il n'y a pas là cette déclaration expresse exigée par l'article 1392, les tiers peuvent se méprendre sur le véritable sens de la clause, cela suffit (1).

Nous avons dit plus haut que la jurisprudence admet

(1) Laurent, tome XXI, n° 128. — Aubry et Rau, V, § 533, note 11. — Marcadé, *Revue critique*, II, p. § 592. — Contra : Demolombe, *Revue crit.*, I, p. 717.

aujourd'hui cette interprétation (1), elle a été longtemps hésitante, et à côté des arrêts qui ne reconnaissaient à nos clauses aucun effet vis-à-vis des tiers, d'autres les considéraient comme entraînant inaliénabilité des biens (Cassat., 27 déc. 1850; Pal., 52, 1, 494; Caen, 8 avril 1867, S., 67, 2, 356).

Enfin il est certain que les causes d'emploi et de remploi pourraient produire cet effet plus large que nous leur avons refusé dans l'hypothèse précédente et entraîner l'inaliénabilité. Mais pour cela, il faudrait que les termes employés ne puissent laisser aucun doute, il faudrait par exemple que les époux se soient exprimés ainsi :

« La future épouse ne pourra contracter aucun engagement qui aurait pour objet d'aliéner sa dot. »

Ou bien encore :

« Les immeubles propres à la femme seront inaliénables, ils pourront toutefois être vendus à la condition qu'il soit fait remploi du prix. » (Cassation, 3 février 1879, *Pand. chr.*).

Telles seront les modifications diverses que les clauses d'emploi et de remploi pourront apporter au régime de communauté. Nous avons généralement discuté sur le cas de remploi, mais tout ce que nous avons dit s'applique à l'emploi. Un exemple suffira pour le montrer.

Le père de la femme a constitué à celle-ci une certaine somme en dot, et il a été déclaré au contrat, que le mari ne pourrait toucher cette somme qu'à la charge d'en faire emploi en acquisitions de biens d'une nature déterminée.

L'ascendant ne sera responsable du défaut d'em-

(1) Lyon, 4 janvier 1877, S., 77, 2, 269.

ploi, que dans le cas où le contrat de mariage aura imposé aux tiers, détenteurs ou débiteurs des deniers, l'obligation de veiller à l'exécution de la clause. Sinon, il pourra remettre au mari le montant de la dot, sur la seule quittance de celui-ci, puisque le mari a le droit de toucher les sommes dues à la femme, sur sa qualité d'administrateur.

On voit que les principes sont absolument les mêmes qu'en matière de remploi.

II. — **Effets des clauses d'emploi et de remploi sous le régime dotal**

1. — Cas où les clauses s'appliquent aux biens dotaux.

2. — Cas où elles s'appliquent aux biens paraphernaux.

3. — Cas où il y a une communauté d'acquêts jointe au régime dotal.

1. — *Du cas où les clauses s'appliquent aux biens dotaux*

Nous savons déjà que l'insertion de nos clauses dans le contrat de mariage, modifie profondément les règles ordinaires du régime dotal, car elles dérogent, la première au principe que les immeubles acquis avec des deniers dotaux ne sont pas dotaux, et la seconde au principe de l'inaliénabilité des biens constitués en dot.

Nous distinguerons les deux clauses, et nous traiterons séparément des conséquences de chacune d'elles, car elles ne sont pas toujours les mêmes vis-à-vis des tiers.

A. — CLAUSE D'EMPLOI

La clause d'emploi ne se comprend sous le régime dotal que dans l'intérêt de la femme, elle a pour but d'empêcher que le mari ne devienne propriétaire des deniers dotaux par suite de son droit d'usufruit, en l'obligeant à remplacer ces deniers par des valeurs déterminées, ordinairement par des immeubles. Ces immeubles ainsi acquis avec des deniers dotaux, seront eux-mêmes dotaux, nous dit l'article 1553. C'est une dérogation à la règle de l'article 1543, d'après laquelle la dot ne peut être modifiée pendant le mariage. Si donc la femme n'avait pas stipulé d'emploi dans son contrat, l'immeuble acquis avec les deniers dotaux ne serait pas devenu dotal. Quelle aurait été sa nature ? C'est une question délicate, vivement discutée, mais elle ne rentre pas dans le cadre de cette étude.

Nous retrouvons ici les mêmes questions que sous le régime de communauté. La clause d'emploi est-elle opposable aux tiers ? Quels sont ses effets à l'égard du mari ?

Et d'abord, en ce qui touche la deuxième question, nous donnons la même solution que pour le régime de communauté. En effet, le mari a l'administration des biens dotaux, il doit gérer en bon père de famille la dot qui lui est confiée, il est donc dans la même situation que le mari commun relativement aux biens propres de sa femme.

Par conséquent, il doit se conformer à la clause d'emploi, et s'il ne l'exécute pas, il engage sa responsabilité. Tel est le principe général, quant à la ques-

tion de savoir si la femme peut agir contre lui pendant le mariage, et l'obliger à se conformer aux prescriptions du contrat, nous distinguons encore, suivant les termes de la clause. Il pourra être poursuivi si l'emploi est stipulé sous la sanction d'une clause pénale, ou encore s'il y a un délai fixé, et que ce délai soit écoulé. Dans les autres hypothèses, la femme ne pourra pas agir, car le mari est toujours à temps d'effectuer l'emploi, puisque aucun terme n'a été assigné.

Passons maintenant à la deuxième question. Les tiers quels qu'ils soient, constituants de la dot, détenteurs ou débiteurs de deniers dotaux, seront-ils tenus par le seul fait de la clause de veiller à l'exécution de l'emploi sous peine de voir annuler le paiement qu'ils ont fait entre les mains du mari? La question doit se résoudre ici, croyons-nous, d'après les mêmes principes que sous le régime de communauté. Le mari est institué par la loi, administrateur des biens dotaux, l'article 1549 lui donne le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs de la dot, d'en percevoir les fruits et les intérêts et de recevoir le remboursement des capitaux. Le principe est donc que le mari est capable, et les tiers doivent payer entre ses mains puisqu'il est administrateur; la quittance qu'il leur donne les libère définitivement. Tel est le droit commun en matière de régime dotal, et pour que ce droit commun cesse de s'appliquer, il faut qu'il résulte bien clairement des termes du contrat de mariage que l'on a voulu restreindre les pouvoirs d'administration du mari non seulement dans ses rapports avec la femme, mais aussi dans ses rapports avec les tiers. Ceux-ci ne peuvent être responsables que s'ils sont franchement et loyalement avertis qu'il est dérogé aux règles ordinaires. Or, nous répétons ici ce que nous

avons dit sous le régime de communauté, la simple clause d'emploi ne peut pas avoir cet effet, elle est ambiguë. Elle ne prouve qu'une chose, c'est que la femme a voulu assurer la conservation des deniers dotaux en les soustrayant au droit de disposition du mari ; en les transformant en biens inaliénables. Pour que cette clause devienne opposable aux tiers, il faut qu'elle les oblige expressément à surveiller l'emploi (1).

Cependant la majorité des auteurs et la jurisprudence repoussent cette opinion, et décident que notre clause aura toujours, sous le régime dotal, pour résultat d'intéresser les tiers à son exécution. La femme n'a donné mandat au mari de toucher les deniers dotaux que sous une condition, elle n'est pas tenue de respecter un paiement qui n'a pas été fait conformément aux pouvoirs qu'elle a donnés (2).

« La responsabilité du tiers débiteur relève exclusivement des principes de droit relatifs à la validité
« des paiements et au contrat de mandat. Elle n'a rien
« de spécial aux débiteurs des deniers dotaux ; elle
« pèse sur tous ceux qui se trouvant débiteurs, sont
« obligés de payer, non au créancier lui-même, mais à
« un fondé de pouvoirs limités et conditionnels, toutes
« les fois que les conditions opposées affectent la capacité du mandataire. »

Ce raisonnement est très juste, mais il faut prendre garde que dans notre hypothèse nous sommes en présence, non pas d'un mandataire conventionnel, mais d'un administrateur dont les pouvoirs sont déterminés par la loi. Pour que ces pouvoirs soient modifiés,

(1) Dans ce sens, Guillouard, *Contrat de mar.*, IV, 1798.— Aubry et Rau, V. page 535, texte et note 19.

(2) Benech, 55. — Rodière et Pont, III n° 1705, édit. 1868.— Trolong, IV, 3120.

il faut que cela résulte nettement du contrat de mariage, afin que les tiers soient prévenus. Or, nous le répétons, la clause d'emploi, à elle seule, n'est pas suffisante pour déroger à ce point de vue aux règles fixées par la loi, tout ce qu'elle prouve c'est que la femme a voulu transformer sa dot, lui donner une assiette plus fixe, plus stable, mais elle ne prouve pas qu'elle ait eu l'intention de modifier les droits du mari dans ses rapports avec les tiers.

Nous croyons que la plupart des auteurs qui ont adopté cette interprétation, se sont laissés influencer par la solution qu'ils donnent, dans le cas où il s'agit non plus d'emploi mais de remploi, c'est-à-dire dans le cas où le contrat autorise l'aliénation de certains immeubles dotaux, sous la charge de les remplacer par d'autres biens. Mais ces deux cas sont bien différents. Dans le premier cas, celui d'emploi des deniers dotaux, la règle c'est la capacité du mari, le droit commun, c'est qu'il peut, comme administrateur, toucher les deniers dotaux. Au contraire, lorsqu'il s'agit d'immeubles dotaux, la règle c'est l'inaliénabilité, l'impossibilité de disposer de ces biens, si ce n'est sous certaines conditions limitativement déterminées, par exemple sous la condition de remploi. On comprend donc très bien que dans cette deuxième hypothèse les tiers acquéreurs d'un immeuble dotal soient responsables du remploi, puisque le remploi est ici une des conditions nécessaires à la validité de l'aliénation.

Cette confusion que nous venons de signaler, et qui nous paraît avoir été l'origine du système admis aujourd'hui dans la pratique, apparaît clairement dans plusieurs arrêts.

Certaines Cours sont allées jusqu'à décider que les tiers étaient responsables de l'emploi des deniers do-

taux, alors même que la clause était conçue dans les termes suivants : « Les débiteurs ne seront pas assujettis à la surveillance de l'emploi dont la charge incombera au mari seul. » La confusion nous semble ici certaine, une pareille interprétation de la clause est contraire à la volonté des parties, elle met les tiers à la merci de la mauvaise foi des époux (1).

La Cour de Paris a également décidé, par arrêt du 11 mars 1886 (2), que les paiements faits entre les mains du mari ne sont libératoires qu'autant qu'il justifie de l'emploi. Le tribunal de la Seine avait cependant décidé en sens contraire.

Nous trouvons l'opinion que nous avons défendue, adoptée par un ancien arrêt de Cassation du 7 novembre 1854, en d'excellents termes : « S'il est permis d'ap-
« porter des restrictions aux pouvoirs du mari et de
« régler l'emploi de la fortune mobilière de la femme,
« ces stipulations ne sont opposables aux tiers qu'au-
« tant qu'elles sont expresses, absolues, et qu'elles
« ont été la condition des actes faits en exécution de
« la convention matrimoniale. »

Nous avons jusqu'ici supposé que la clause d'emploi s'appliquait à des sommes dotales dues par des tiers à la femme, et que le mari doit recevoir pendant le mariage.

Mais la clause d'emploi pourrait aussi se comprendre dans une autre hypothèse. La femme s'est constitué en dot des valeurs mobilières autres que de l'argent, c'est-à-dire des valeurs qui sont des corps certains, et elle a déclaré dans son contrat de mariage, que ces valeurs ne seraient aliénables que sous la condition de faire emploi du prix? Supposons, par

(1) Bordeaux, 29 juin 1874; Pal., 76, p. 972; S., 76, 2, 243.

(2) La Loi, année 1886, n° 223.

exemple, comme cela arrivera souvent, qu'il s'agit d'actions ou d'obligations industrielles nominatives. Ici la question dépend du caractère que l'on reconnaît à la dot mobilière. Si on décide qu'elle est aliénable, alors nous appliquerons ce que nous avons dit relativement à la communauté, et nous déclarerons que les tiers ne seront pas en principe tenus de veiller à l'exécution de la clause d'emploi. Si au contraire on admet que la dot mobilière est inaliénable, alors la question devra se résoudre par les principes que nous allons poser ci-dessous à propos du remploi.

Aujourd'hui, la jurisprudence, tout en admettant que la dot mobilière est inaliénable au regard de la femme, reconnaît cependant au mari le droit de céder les meubles corporels et incorporels, rentes, actions, qui font partie de la dot (1). Par conséquent, en se conformant à cette jurisprudence, ici encore les règles du régime dotal doivent conduire à décider que les tiers ne sont responsables du défaut d'emploi, qu'autant que le contrat de mariage leur a formellement imposé cette responsabilité.

B. — CLAUSE DE REMploi

a. — *Effets qu'elle produit dans les rapports des époux avec les tiers*

En principe, les immeubles que la femme se constitue en dot sont inaliénables. Cette règle est la caractéristique du régime dotal (1554).

Sous un pareil régime, la responsabilité des tiers acquéreurs ne saurait faire de doutes.

L'aliénation de la dot immobilière n'est permise que

(1) Voir M. Colmet de Sant., VI, n° 233 *bis*, XXIII.

dans des cas exceptionnels, strictement limités, et pour que cette aliénation soit valable, il faut que toutes les conditions exigées pour qu'il y ait aliénabilité se trouvent remplies, sinon on retombe sous l'empire de la règle. Dans notre espèce, les époux ont déclaré au contrat de mariage que l'immeuble dotal serait aliénable, mais sous la condition de son remplacement par un autre bien. Si cette condition n'est pas remplie, l'aliénation manque d'un des éléments nécessaires à sa validité, elle est nulle, elle ne peut produire aucun effet. Par conséquent, le tiers qui se rend acquéreur d'un bien dotal doit veiller à l'accomplissement de la condition, à la réalisation du remploi, et il ne peut alléguer sa bonne foi pour se décharger de sa responsabilité, puisque le contrat de mariage lui apprend que les époux sont mariés sous le régime dotal et que le droit d'aliéner ne leur est conféré qu'exceptionnellement. Il ne devra se libérer de son prix qu'autant qu'il lui sera justifié d'un bon et fidèle remplacement, opéré conformément au contrat.

Nous verrons plus bas comment il pourra se mettre à couvert, si le mari refuse de se soumettre à l'obligation du remploi.

Cette responsabilité qui pèse sur les tiers, les oblige à surveiller non-seulement le fait du remploi, mais aussi la manière dont il est exécuté; ils devront y apporter tous les soins d'un bon père de famille, conformément à l'art. 1137 Civ., et considérer s'il constitue pour la femme une acquisition utile et suffisante (1). Nous ferons du reste des applications de cette idée au chapitre suivant, en étudiant les conditions que doit réunir le remploi pour être valable; nous nous con-

(1) Bordeaux, 1^{er} décembre 1847, S., 48, 2, 384; Lyon, 4 janvier 1877, S., 77, 2, 269.

tentons de poser ici le principe en l'éclairant par quelques exemples.

L'immeuble acquis en remploi ne devra être sujet à aucune cause d'éviction, il ne devra pas être d'une valeur telle qu'il soit certain que la femme ne peut pas le payer (Cassation, 2 février 1853, S., 53, 1, 243) (1).

Mais il suffira que les tiers aient fait preuve de diligence au moment de l'exécution du remploi, ils ne peuvent être rendus responsables des causes d'éviction qui surviendraient postérieurement à l'acquisition, et qui résulteraient du fait ou de la négligence de la femme ou du mari.

Parmi les auteurs qui admettent, contrairement à notre opinion, que les tiers sont tenus de surveiller non seulement le remploi mais même l'emploi, quelques-uns décident cependant que la responsabilité des débiteurs des deniers dotaux, doit être appliquée dans l'appréciation des faits, moins rigoureusement que celle des acquéreurs des immeubles dotaux (2). Ceux-ci, disent-ils, étaient libres d'acheter ou de ne pas acheter, ils méritent moins de faveur que les premiers qui avaient un intérêt incontestable à se libérer. Cette distinction que l'on cherche à établir, montre le point faible du système ; on sent bien que la situation de ces deux sortes de tiers est absolument différente ; mais puisqu'on admet pour ces deux classes le principe de la responsabilité, nous croyons qu'il n'y a pas de raison de distinguer.

(1) Nous citons cet arrêt, car il pose très bien le principe de l'étendue de la responsabilité des tiers, mais dans l'espèce, la solution qu'il donne est insoutenable d'après notre théorie.

Il s'agit en effet d'une acquisition réalisée en emploi de deniers dotaux, or, nous avons dit que les tiers n'étaient pas responsables du défaut d'emploi.

(2) Benech, *Emploi et remploi*.

Les tiers acquéreurs d'immeubles dotaux doivent donc agir avec une grande prudence ; s'ils ont quelques doutes sur la validité du remploi que leur offre le mari, ils feront bien d'attendre, et de ne payer qu'autant qu'ils y auront été condamnés par un jugement. Ils peuvent aussi en présence de l'inaction du mari, offrir eux-mêmes un immeuble en remploi et le faire déclarer suffisant par la justice. Enfin, si la dette du prix est exigible, ou s'ils désirent se libérer, ils peuvent se débarrasser de cette charge en consignat leur prix à la caisse des dépôts et consignations, après offres réelles et faire rendre un jugement qui déclare ces offres bonnes et valables. Mais quel sera l'effet de cette consignation ? En droit commun, la consignation a pour résultat de libérer définitivement le débiteur, et de mettre la chose consignée aux risques du créancier (1257). On a soutenu qu'il devait en être de même en matière de remploi (1).

Le mari, a-t-on dit, ne pourra percevoir les sommes consignées qu'en vertu d'un jugement du tribunal rendu sur les conclusions du ministère public, auquel il devra justifier du remploi. On invoque à l'appui de cette thèse, une loi des 18 et 29 décembre 1790, relative au rachat des rentes foncières sujettes à remploi.

On a très justement fait remarquer qu'il est bien difficile de considérer cette loi comme étant encore en vigueur ; c'était une mesure purement transitoire nécessaire et expliquée par la suppression des rentes telles que les comprenait l'ancien droit. Cette garantie, cette obligation que l'on cherche à imposer au mari, de ne toucher la somme consignée qu'en justifiant du remploi, n'a donc plus de base légale ; les

(1) Benech., *Emploi et remploi*, n° 60. — Duranton, XV, n° 486.

magistrats n'auraient aujourd'hui aucun moyen pour vérifier l'exécution de la clause. Remarquons, en outre, que l'article 1257, en décidant que le débiteur est libéré par les offres suivies de consignation, se place dans l'hypothèse du droit commun, c'est-à-dire dans l'hypothèse d'un débiteur pur et simple, qui n'a qu'une obligation, celle de payer sa dette. Mais il n'en est pas de même ici, le tiers acquéreur de l'immeuble dotal aliéné a une autre obligation que celle de payer le prix, il doit surveiller la destination de ce prix. La consignation le libère bien de la première de ces obligations, mais elle laisse subsister la seconde, si bien que le tiers doit au moment où le mari exécute le remploi, voir si l'immeuble qu'il offre d'acquérir présente les garanties nécessaires. En conséquence, si le tiers acquéreur refuse postérieurement à la consignation de venir reconnaître le remploi, et si étant assigné aux fins de le voir déclarer valable, il ne se présente pas, il sera condamné aux dépens de l'instance. Les tribunaux se sont toujours prononcés en faveur de la théorie que nous soutenons (Cassation, 12 mai 1857, S., 57, 1, 580; Caen, 26 janvier 1872, S., 72, 2, 49).

Telle sera la situation des tiers acquéreurs, lorsque le contrat de mariage contiendra purement et simplement la clause de remploi, sans autres indications.

Mais il arrivera souvent que la clause ne se présentera pas avec cette simplicité, et nous devons examiner comment les termes employés dans le contrat de mariage pourront modifier la situation des tiers, et étendre ou diminuer leur responsabilité.

Et d'abord, si le contrat prescrit les conditions dans lesquelles le remploi devra s'effectuer, la nature et la valeur des biens à acquérir, il est certain que les tiers

seront tenus de s'y conformer, toutes les dispositions insérées à ce point de vue au contrat, sont autant de conditions dont l'accomplissement est nécessaire à la validité de l'aliénation.

Ainsi la femme a pu indiquer elle-même dans le contrat de mariage, la destination particulière que recevraient les fonds; elle a pu dire que les deniers à provenir de la vente du bien serviraient à acquitter telles ou telles dettes, ou bien à acquérir certaines valeurs industrielles qu'elle a déterminées, ou enfin tel immeuble auquel s'attache peut-être un intérêt d'affection.

Les tiers devront certainement veiller à ce que toutes ces conditions soient exécutées, mais leur responsabilité ne s'arrêtera-t-elle pas là et ne seront-ils pas définitivement libérés dès que la clause aura été strictement observée? Dans ces différents cas, M. Benech, détermine ainsi l'étendue de la responsabilité. Les tiers, dit-il, resteront toujours garants de l'utilité du emploi, si l'exécution de ce emploi est de nature à influer sur son utilité; et il donne pour expliquer ce principe les exemples suivants: La femme a déclaré que le prix d'acquisition servirait à acquitter certaines dettes; ici les acquéreurs seront libérés par le paiement de ces dettes, même si on s'aperçoit plus tard qu'elles étaient prescrites. Au contraire, la femme avait déclaré que le prix servirait à acquérir les droits successifs que les frères et sœurs de la femme auraient dans une succession commune. Ici, il ne suffira plus à l'acquéreur de veiller à l'exécution de la clause, et s'il se trouve que les immeubles ainsi acquis sont encore indivis et grevés d'une hypothèque légale, le tiers sera responsable:

Telle est la distinction que pose M. Benech, elle

nous paraît peu utile, elle a du reste l'inconvénient d'être assez obscure.

N'est-il pas plus simple de dire que les tiers acquéreurs devront veiller à l'exécution stricte de la clause, et que là, s'arrêteront leurs obligations. Dans le deuxième exemple cité par M. Benech, le cas d'achat de droits successifs, il est certain que la clause n'était pas exécutée comme elle aurait dû l'être, l'acquéreur n'avait pas pris les précautions nécessaires, il aurait dû veiller à la purge des hypothèques, et à la réalisation du partage. Ainsi lorsque le contrat de mariage aura indiqué les conditions du remploi et désigné le bien qui devra être acquis, la responsabilité du tiers sera modifiée en ce sens qu'il n'aura plus qu'à veiller à l'exécution rigoureuse des conditions indiquées, sans avoir à considérer si le remploi ainsi exécuté est véritablement utile, et s'il offre toutes les garanties nécessaires. L'exemple suivant fera bien ressortir la différence de situation du tiers dans les deux cas. Supposons que la clause soit ainsi conçue : « Si tel immeuble dotal est aliéné, le mari devra « acquérir à la place tel autre immeuble. » Le tiers acheteur du bien vendu n'a pas à s'inquiéter ici du point de savoir si cet autre immeuble est d'une valeur très supérieure à l'immeuble vendu et, s'il est un placement avantageux. Au contraire, il devrait s'en inquiéter dans le cas où le contrat de mariage n'aurait pas indiqué quel immeuble devrait être acquis.

Ainsi les termes employés par les époux peuvent modifier la situation des tiers, et restreindre le devoir de surveillance qui leur incombe.

Cela est du reste tout naturel, et n'a rien de contraire aux règles du régime dotal. Le contrat de mariage en

permettant l'aliénation peut l'entourer de précautions plus ou moins grandes, de même qu'il peut déclarer purement et simplement qu'un immeuble dotal sera aliénable, sans exiger aucune garantie (1557).

Aussi n'hésitons-nous pas à dire que non-seulement les époux sont libres de modifier la responsabilité des tiers, mais qu'ils peuvent la supprimer. Le contrat de mariage pourrait donc en permettant l'aliénation sous condition de remploi, déclarer que les époux seront seuls juges de la validité du remploi, et que les tiers ne seront pas autorisés à s'y immiscer.

Cependant la Jurisprudence est contraire, et les arrêts décident que même en présence de ces termes, les tiers resteront responsables de la validité et de l'utilité du remploi. La clause signifierait simplement que les époux ont voulu se réserver la faculté d'apprécier la convenance de l'équivalent qui leur sera offert en échange des biens aliénés ; on ne comprendrait pas, dit-on, que les époux se départent des garanties propres à assurer la conservation de la dot, pour se mettre à la discrétion de ceux avec qui ils auraient à traiter. Le remploi ne peut être considéré comme valable qu'autant qu'il est effectif et réel, et l'on ne peut le regarder comme tel, quand il est exposé à un trouble hypothécaire ou à un péril d'éviction (1). Il nous semble que cette interprétation arrive à supprimer la clause, à lui enlever tout effet. On va directement à l'encontre de la volonté des parties ; cela est contraire au principe de l'article 1157. Les époux, nous le répétons, étaient libres de stipuler l'aliénabilité des immeubles dotaux purement et simplement, sans obli-

(1) Limoges, 14 janvier 1862, S., 62, 2, 344. — Aix, 3 décembre 1879, S., 81, 2, 41. — Bordeaux, 29 juin 1874, S., 76, 2, 243. — Id., Troplong, *Contrat de mar.* IV, n° 3424.

gation de emploi, pourquoi donc ne pourraient-ils pas restreindre cette obligation, la tempérer, en décharger les tiers, afin de trouver plus facilement des acquéreurs pour les biens qu'ils alièneront.

Le système contraire a le grave inconvénient de placer les tiers dans une situation équivoque, et pleine de dangers.

De même encore, le contrat de mariage pourrait, tout en imposant l'obligation du emploi, déclarer que le seul consentement de la femme dans les quittances, libérerait les acquéreurs. Ceux-ci devront payer sans s'inquiéter du emploi, pourvu que la femme consente à ce paiement (Limoges, 7 mai 1862, S., 63, 2, 10).

Il en serait autrement si la stipulation dont nous parlons intervenait non plus dans le contrat de mariage, mais au moment de la vente, car une telle stipulation serait une modification aux conventions matrimoniales (1395).

Les principes de la responsabilité des tiers doivent-ils être modifiés, lorsqu'on se trouve en présence non plus d'une aliénation ordinaire, mais d'une expropriation pour cause d'utilité publique ?

Dans ce cas, la loi du 3 mai 1841, article 13, dit que s'il s'agit des biens dotaux, le tribunal ordonnera les mesures qu'il jugera convenables. Supposons donc que le tribunal ait décidé que le emploi devrait se faire en immeubles, et qu'en attendant, les sommes dues par l'expropriant seraient déposées à la caisse des dépôts et consignations.

Nous ne voyons pas de raisons sérieuses pour traiter cet expropriant autrement que les acheteurs ordinaires, et nous décidons ici encore que la consignation ne le libérera pas, et qu'il devra vérifier l'utilité du emploi et la valeur de l'immeuble proposé par les

époux. Sans doute, l'article 54 de la loi de 1841 décide que la consignation des sommes dues suffira, mais il est certain que cet article s'occupe du droit commun, du cas où le contrat de mariage ne stipulait pas le remploi.

Un arrêt de cassation du 15 mars 1886 (S. 87, 1, 327) a décidé dans ce sens : « Attendu que l'expropriant peut être assimilé à un acquéreur ordinaire, lorsque l'immeuble dotal exproprié est aliénable à charge de remploi, et qu'il doit par suite, même au cas où il a consigné son prix, conformément à l'article 54 de la loi du 3 mai 1841, intervenir pour apprécier le remploi des fonds dotaux. »

M. Troplong a soutenu l'opinion opposée, dans son traité du contrat de mariage (IV, n^o 3407 et suivants), et voici quelles raisons il invoque : On ne saurait, dit-il, traiter l'acheteur d'un bien dotal exproprié comme un acquéreur ordinaire. En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'aliénation est définitive, irrévocable, elle enlève au propriétaire dépossédé toute cause pour rentrer dans sa chose ; dès lors, on ne peut pas dire que la femme conserve un droit réel sur la chose expropriée. Son droit se trouve converti définitivement en un droit de créance pur et simple, donc l'acquéreur se libère valablement en payant conformément à l'arrêt du tribunal.

Mais ces raisons ne nous paraissent pas suffisantes pour exonérer l'expropriant de toute responsabilité. Sans doute la femme n'a plus aucun droit réel sur son immeuble, son droit se trouve définitivement converti en un droit de créance, mais cela empêche-t-il le tiers d'être poursuivi une seconde fois en paiement du prix, s'il a payé sans surveiller le remploi ? Certainement non.

De même, si le tiers ayant consigné le prix, est assigné pour avoir à juger de la validité du remploi, et qu'il ne se présente pas, il devra supporter les conséquences de son défaut et, en premier lieu, c'est à lui qu'incomberont les frais de l'instance.

Enfin, on dit ordinairement que les tiers acquéreurs sont définitivement libérés dans le cas où un jugement passé en force de chose jugée, aurait autorisé le mari ou la femme à recevoir le prix sans être tenu de faire le remploi. Mais la solution est peut-être trop absolue, sans doute le tiers devra payer si le tribunal a prononcé dans un cas où l'aliénation était permise exceptionnellement par la loi, mais en dehors de ces cas, la question est très douteuse. Prenons une hypothèse pour éclairer la distinction que nous faisons. Les époux ne trouvent pas d'immeuble qui remplisse les conditions voulues, et le mari ayant besoin de toucher le prix pour l'appliquer à un usage pressant, justifie devant le tribunal que les deniers seront garantis par l'hypothèque légale de la femme, car il est propriétaire de biens suffisants. Le tribunal, en présence de cette situation, ordonne le paiement sans remploi. En pareil cas, le tiers doit-il payer, et ce paiement le libère-t-il définitivement? Oui, si l'usage auquel le mari destinait les deniers rentrait dans les hypothèses prévues par l'article 1157, car alors le tribunal avait le droit d'agir comme il l'a fait.

Mais l'on est en dehors des hypothèses où la loi reconnaît au tribunal le droit d'autoriser l'aliénation de l'immeuble, ne pourrait-on pas dire que le tribunal a outrepassé ses droits en permettant au mari de toucher le prix sans faire de remploi, et par suite le jugement ne pourrait-il pas être annulé, et le tiers poursuivi à nouveau? La solution serait cependant très

rigoureuse; l'espèce, bien que rare, pourrait se présenter, elle nous a été suggérée par un arrêt de la Cour de Rouen du 20 mars 1832 (Dalloz, *Répert.*, v°, *Cont. de mar.*, n° 4037).

La clause cesserait certainement d'être obligatoire, si l'immeuble était vendu dans un des cas où la loi autorise l'aliénation des biens dotaux (1558). Par exemple, il s'agit de payer des dettes de la femme, qui ont une date certaine antérieure au mariage, et les époux vendent à cet effet un bien aliénable sous charge de remploi. Mais, pour être à couvert, le tiers acquéreur devra attendre, pour payer son prix, que le tribunal ait reconnu la nécessité de l'aliénation et lui ait ordonné de payer (Rouen, 17 janvier 1843).

Nous connaissons maintenant les divers degrés que peut comprendre la responsabilité des tiers acquéreurs, en matière de remploi. Cette responsabilité subsiste tant que le remploi n'a pas été fait. Mais survit-elle à la dissolution du mariage? C'est une question que nous examinerons plus loin, en nous occupant du point de savoir si le remploi est encore possible après la dissolution du mariage.

Il nous reste à nous demander maintenant qu'elles sont les personnes qui doivent être comprises sous la dénomination de tiers responsables?

Nous nous occupons d'abord du cas de remploi.

Remploi. — Et d'abord, il est certain que les tiers acquéreurs des immeubles stipulés aliénables, sous la restriction résultant de notre clause, sont responsables de l'exécution du remploi.

Mais faut-il en dire autant du vendeur auquel les époux achètent le bien destiné à remplacer l'immeuble aliéné? Nous croyons que ce tiers vendeur n'a nul-

lement à s'inquiéter du point de savoir si les clauses du contrat de mariage ont été ou non exécutées, la vente qu'il fait aux époux est parfaite, et le défaut de remploi ne peut pas l'infirmar. En effet les époux, bien que mariés sous le régime dotal, conservent la capacité d'acquérir. Le principe de la liberté des conventions reprend donc ici tout son empire, les vendeurs sont complètement étrangers à l'opération du remploi, ils n'ont pas à se préoccuper de l'origine des deniers affectés au paiement de leur prix, ni de la validité du remploi. Peu importe que l'acquisition en remploi suive ou précède l'aliénation de l'immeuble dotal, la situation reste toujours la même.

La jurisprudence est très ferme sur ce point. (1) Cependant deux arrêts avaient sanctionné l'opinion contraire et étendu la responsabilité même aux tiers vendeurs. (Cassation, 2 Février 1853, S., 53, 1, 243; Aix, 3 Décembre 1879.) Ce dernier arrêt a été cassé le 14 Juin 1881, S., 82, 1, 97.

L'inexécution du remploi est certainement opposable aux tiers détenteurs des immeubles dotaux.

La question est un peu plus délicate, lorsqu'il s'agit non plus d'immeubles ordinaires, mais d'immeubles par la détermination de la loi, rentes sur l'Etat immobilisées, ou actions de la Banque de France immobilisées.

Sur qui fera-t-on alors peser la responsabilité? Ces valeurs se transmettent par un transfert opéré soit sur le grand livre de la dette publique, soit sur les registres de la Banque de France. La difficulté vient de ce que la négociation se fait ordinairement à la

(1) Cass., 14 Juin 1881; Dal., 82, 1, 105.— Nismes, 11 Janvier 1882; Dal., 82, 2, 60.— Cass., 24 Juillet 1884; Dal., 85, 1, 460.

Bourse, par l'intermédiaire d'un agent de change. Or, l'agent de change est tenu au secret, c'est-à-dire qu'il ne doit pas faire connaître le nom de la personne qui l'a chargé de vendre ou d'acheter (arrêté du 27 prairial an X, art. 19). Par conséquent, l'acquéreur ne connaîtra pas son vendeur, et il sera dès lors impossible de le rendre responsable de l'inexécution du remploi.

Mais en sera-t-il de même, soit de la Banque de France, soit de l'intermédiaire, c'est-à-dire de l'agent de change ?

Occupons-nous d'abord du rôle que joue la Banque de France dans le transfert qui est opéré.

L'art. 4 du décret de 1808 décide que « Les actions de la Banque de France sont valablement transférées par la déclaration du propriétaire ou de son fondé de pouvoirs, signée sur les registres et certifiée par un agent de change, s'il n'y a opposition signifiée et visée à la Banque. »

Faut-il conclure de là, que la Banque de France est responsable si elle ne s'enquiert pas de la capacité du vendeur ?

La question s'est présentée en 1859 devant la Cour de cassation, la Banque prétendait qu'elle ne devait encourir aucune responsabilité; car une société, disait-elle, ne peut être déclarée responsable de l'inscription sur ses registres du transfert d'actions appartenant à un incapable, elle n'est pas partie au transfert, et elle n'est pas non plus mandataire des parties.

La Cour de cassation repoussa ces moyens et conclut à la responsabilité de la Banque, par ce motif que les actions ne peuvent être transmises qu'avec le concours de la Banque, et sous son contrôle, que par suite elle doit vérifier la capacité civile du titulaire (Dal., 59, I. 266).

Si le tiers acquéreur avait eu en fait connaissance de la condition de remploi mise à la transmissibilité des actions, la Banque aurait certainement le droit de recourir contre lui et de se faire indemniser. C'est lui en effet qui a commis *la plus lourde* faute. (Paris, 2 janvier 1858; Dal., 58, 2, 4. — Cass., 1^{er} février 1859, S., 59, 1, 267.)

Envisageons maintenant la situation de l'agent de change. L'arrêt de Paris, du 2 janvier 1858, avait déclaré que cet agent de change n'était pas responsable, que sa mission avait pour objet de certifier non la capacité du transférant, mais seulement l'identité du propriétaire et la vérité de la signature et des pièces produites.

Cette décision nous paraît insoutenable, l'agent de change est le mandataire de l'acheteur, il doit prendre toutes les précautions qui incombent à celui-ci, rien ne permet de restreindre ainsi sa responsabilité, il doit certainement s'inquiéter de la capacité du vendeur, et nous croyons que sa faute est plus lourde que celle que commet la société. Du reste, la jurisprudence s'est modifiée sur ce point et a abandonné sa première opinion. Un arrêt de la Cour de Rouen, du 7 avril 1886 (Dal., 88, 2, 45), a proclamé la responsabilité de l'agent de change et déclaré qu'il devait être assimilé au tiers détenteur de l'immeuble dotal. Tels sont les principes en matière de remploi; envisageons maintenant le cas où il s'agit d'emploi.

Emploi. — Pour nous, la question ne se posera pas aussi souvent, puisque nous avons décidé qu'en principe les tiers débiteurs ou détenteurs de deniers dotaux n'étaient pas responsables du défaut d'emploi. Néanmoins, nous devons l'étudier, car il arrivera fréquem-

ment que le contrat de mariage imposera aux tiers l'obligation de surveiller l'emploi, et, d'autre part, il y a un cas spécial dans lequel on pourrait admettre la responsabilité de plein droit, c'est le cas où il s'agit de valeurs mobilières que le contrat de mariage n'a déclarées aliénables qu'à charge de remploi.

Les tiers responsables seront ordinairement les tiers débiteurs ou détenteurs des deniers à employer ; ainsi, par exemple, ceux qui ont constitué en dot à la femme une certaine somme d'argent (Angers, 15 février 1877, S., 177, 2, 176).

La question se complique un peu, quand il s'agit du cas auquel nous faisons allusion ci-dessus, c'est-à-dire de valeurs industrielles que la femme possédait au jour du mariage, et pour lesquelles on a restreint le droit de disposer, en imposant l'obligation de faire emploi du prix.

Ici les acquéreurs ne pourront pas être poursuivis dans la plupart des cas, la cession se fera par l'intermédiaire d'un agent de change, les acquéreurs ne connaîtront pas leur vendeur.

Donc, on ne pourra leur opposer le défaut d'emploi que dans le cas exceptionnel où ils auront eu connaissance de la clause qui leur imposait la charge de veiller à son exécution.

Quant à la responsabilité de l'agent de change, nous n'avons qu'à répéter ce que nous avons dit au sujet du remploi (1).

L'agent de change poursuivi, pourrait-il recourir contre l'acheteur et se faire indemniser par lui, au cas où cet acheteur aurait eu connaissance de la dotalité ? Nous pensons que l'un et l'autre ayant

(1) Toulouse, 10. déc. 1886, *Gaz. des Trib.*, 30 décembre 1888.

commis une faute, ils devront en supporter les conséquences chacun pour partie.

Que décider maintenant quant à la société à laquelle appartiennent les valeurs ainsi négociées ? Une espèce assez intéressante à ce point de vue, s'est posée devant la Cour d'Aix, le 23 juillet 1883 (voir la loi, année 1883, n° 235).

Une femme avait apporté en dot des actions industrielles déclarées aliénables sous condition d'emploi. Ces actions furent vendues, mais l'emploi ne fut pas réalisé. La Cour décida que la responsabilité devait peser à la fois sur le mari et sur les sociétés qui s'étaient dessaisies des actions, sans exiger la justification de l'accomplissement du remploi prescrit. Ces sociétés furent condamnées à rembourser à la femme le montant des actions aliénées ou transférées irrégulièrement, et l'arrêt ajoutait : Elles ne pourront recourir contre les tiers acheteurs ou cessionnaires qu'autant que ceux-ci auront eu connaissance de la nature des actions à eux vendues, et des conditions du contrat de mariage des cédants.

Ainsi la société est certainement tenue de veiller à l'exécution de l'emploi.

Dans cette espèce, la Cour d'Aix a restreint la responsabilité des sociétés aux actions qui portaient la mention de l'inaliénabilité. Il s'agissait en effet d'actions que la femme avait recueillies dans la succession de son père, ces actions avaient été transférées à son nom sur les registres de la société, mais on n'avait mis que sur quelques-unes la mention de l'obligation d'emploi. Cette distinction n'est pas suffisante, la société, croyons-nous, devait être déclarée responsable dans les deux cas, car elle est tenue de s'assurer de la capacité des parties.

En ce qui concerne les tiers vendeurs du bien acquis en emploi, nous dirons ici comme pour le remploi, qu'ils ne sont jamais responsables. Paris, 14 juin 1881, S. 82, 2, 97. Cet arrêt établit très bien la distinction qu'il faut faire entre l'acquéreur et le vendeur. « Attendu
« que le vendeur de bonne foi, quand même il connaît
« trait l'origine des deniers destinés à payer le prix
« de la vente, n'a point à rechercher si cette origine
« est régulière, et si la femme pour se les procurer, a
« ou ou non respecté les clauses de son contrat de
« mariage; qu'aucune obligation de cette nature ne
« saurait résulter pour lui de ce qu'il traite avec une
« femme mariée sous le régime dotal, puisque ce
« régime ne diminue en rien chez la femme son pouvoir d'acquérir. » De même Cassat., 24 juillet 1885; Dal., 85, 1, 460, S., 85, 1, 156).

Nous connaissons ainsi les effets que la clause de remploi sous le régime dotal produit à l'égard des tiers, nous les avons étudiés en premier lieu, afin de mieux comprendre en quoi cette clause modifie les rapports des époux entre eux.

b — Effets de la clause de remploi dans les rapports des époux entre eux.

La clause de remploi est toujours obligatoire pour le mari sous le régime dotal, quelle que soit la façon dont elle est stipulée, qu'elle fixe ou non un délai pour l'exécution du remploi. C'est qu'elle accompagne et restreint le droit plus ou moins étendu que le contrat de mariage donne aux époux d'aliéner les biens do-

taux. Elle impose au mari, au cas de vente d'un immeuble, l'obligation de le remplacer par un autre bien déterminé; et s'il ne réalise pas immédiatement cette condition, il est enfaute, la femme peut agir contre lui. Par conséquent, sous le régime dotal le remploi doit être immédiat. A partir du jour même où le mari reçoit le prix du bien vendu, la femme peut le poursuivre et le forcer à exécuter son obligation. Cela ne veut pas dire que le remploi ne puisse pas ici comme sous le régime de communauté être fait jusqu'à la dissolution du mariage, mais cela signifie que la femme peut agir contre le mari, du jour où il touche le prix sans faire le remploi.

La raison, nous le répétons, c'est que l'aliénation avec remploi est un acte qui ne rentre pas dans les pouvoirs ordinaires du mari.

Il n'y a donc pas à distinguer; dans tous les cas la femme pourra le poursuivre, c'est là l'opinion ordinairement admise dans la doctrine et aussi en jurisprudence. (Cass., 20 Décembre 1852, S., 53, 1, 151, Caen, 2 août 1851, S., 52, 2, 182.)

Quelle sera la condition du bien acquis en remploi de l'immeuble dotal aliéné? Cet immeuble sera dotal, mais il n'aura pas le même caractère que l'immeuble acquis en emploi de deniers dotaux. En effet, quand il s'est agi d'emploi, nous avons dit que le bien acquis devenait dotal, et par conséquent inaliénable. Au contraire quand il s'agit de remploi, l'immeuble acquis prend la place de l'immeuble aliéné par application de la règle : *Subrogatum capit naturum subrogati*; donc il est subrogé à l'ancien immeuble et il revêt les mêmes caractères que lui. Il en résulte qu'il devient dotal comme le premier immeuble, c'est-à-dire qu'il reste lui-même aliénable à charge de remploi. Cette solution est

unanimentement adoptée par la doctrine (1), et la jurisprudence l'a consacrée. (Cassat., 9 Mars 1870, Dal., 72, 1. 85).

Elle ne présente du reste pour les époux que des avantages, il est très utile pour eux de pouvoir aliéner plus tard le nouveau bien acquis et de le remplacer par un autre plus productif; d'autre part, cette faculté d'aliéner ne présente aucun danger, puisque l'aliénation reste toujours subordonnée à l'exécution du remploi.

II. — Cas où les clauses s'appliquent aux biens paraphernaux.

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il s'agissait de biens dotaux, c'est en effet à propos de ces biens que l'on rencontre le plus souvent les clauses d'emploi et de remploi, mais elles peuvent aussi quelquefois s'appliquer aux paraphernaux.

La femme dotale garde l'administration de ses paraphernaux, elle n'a donc pas à prendre ordinairement des précautions contre le mari, puisqu'il n'a aucun pouvoir sur ces biens. Mais la femme peut lui confier cette administration; et alors l'utilité de nos clauses apparaît. D'autre part, il peut arriver que les constituants de la dot, redoutant la faiblesse de la femme, craignant que le mari n'use de son ascendant pour la déterminer à vendre ses biens, insèrent dans le contrat des clauses destinées à protéger la femme contre elle-même, en l'obligeant à faire emploi des créances para-

(1) Benech, *Op. cit.* page 221. — Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, II, n° 555. — Troplong, *Contrat de mar.*, n° 3430. — Aubry et Rau, V, page 583. — Guillouard, IV, page 291.

phernales qu'elle pourra toucher, ou en ne lui permettant d'aliéner ses immeubles que sous la condition de faire emploi.

Quels seront, dans ces différents cas, les effets de nos clauses ?

Et d'abord, il nous paraît certain que ces stipulations n'auront pas pour résultat d'imprimer le caractère de dotalité aux biens ainsi désignés. La constitution de dot doit être faite en termes exprès et formels. Or, nos clauses ne sont pas suffisamment explicites, les tiers ne seraient pas avertis, comme le veut la loi. Du reste elles n'impliquent pas l'intention de la part des époux, de rendre dotaux les biens auxquels ils appliquent l'obligation d'emploi ou de remploi (Cassation, 9 août 1858, S., 59, 1, 19).

En principe, ces clauses n'intéressent donc pas les tiers, ils ne seront responsables de leur inexécution que lorsque le contrat de mariage leur aura formellement imposé l'obligation d'en surveiller la réalisation ; nous appliquons ici à ce point de vue, les règles que nous avons posées sous le régime de la communauté, car les deux situations sont analogues (1). Peu importe, du reste que l'aliénation ait été faite par la femme autorisée ou par le mari comme mandataire de celle-ci.

Mais que faut-il décider au point de vue des rapports des époux entre eux, et quel sera le degré de responsabilité que pourra encourir le mari par suite de l'insertion au contrat, de la clause d'emploi ou de remploi relativement aux paraphernaux ?

(1) M. Benech (page 247) admet au contraire que les tiers doivent surveiller l'emploi et le remploi des paraphernaux dans tous les cas. Mais cela s'explique, puisqu'il admet la même théorie sous le régime de communauté.

Si c'est le mari qui a opéré lui-même l'aliénation comme mandataire de la femme, nous appliquerons les règles ordinaires du mandat, et la situation sera simple. Le mari sera alors responsable dans les mêmes conditions que lorsqu'il y a communauté entre les époux.

Mais supposons que ce soit la femme elle-même qui ait procédé à l'aliénation d'un de ses immeubles, avec l'autorisation nécessaire. Le mari pourra-t-il être encore tenu de surveiller le remploi ?

Pour résoudre cette question, nous croyons qu'il faut considérer les motifs qui ont fait insérer la clause au contrat de mariage. Or, ces motifs sont certainement la crainte de l'abus d'autorité du mari ; on redoute que la femme ne se laisse entraîner par lui à aliéner ses immeubles et à en dissiper le prix, ou bien à toucher ses créances sans placer les deniers qu'elle reçoit. La clause apparaît comme une précaution aussi bien contre le mari, que contre la femme dont on redoute la faiblesse. Il nous semble donc naturel de déclarer que le mari devra surveiller l'emploi ou le remploi, et que au cas d'inexécution, il pourra être attaqué par la femme ou ses héritiers.

Pour établir cette responsabilité, nous avons un texte, c'est l'article 1450 relatif à la séparation de biens, qui est ainsi conçu : « Le mari n'est point garant du « défaut d'emploi ou de remploi du prix de l'immeuble « que la femme séparée a aliéné sans l'autorisation « de justice, à moins qu'il n'ait concouru au contrat, « ou qu'il ne soit prouvé que les deniers ont été reçus « par lui, ou ont tourné à son profit.

« Il est garant du défaut d'emploi ou de remploi, si « la vente a été faite en sa présence et de son consentement ; il ne l'est point de l'utilité de cet emploi. »

De ce texte, il résulte que le mari est garant du défaut de remploi, lorsqu'il a autorisé la vente (1), ou lorsque, ne l'ayant pas autorisée, les deniers ont tourné à son profit, ou enfin lorsque la vente a été faite en sa présence et de son consentement.

La jurisprudence admet depuis longtemps que cet article 1450 doit être interprété très largement, et qu'il faut l'étendre au cas d'aliénation de biens paraphernaux sous le régime dotal. Cette extension est en effet très rationnelle, la situation de la femme dotale, quant à ses paraphernaux, présente une grande analogie avec celle de la femme séparée de biens, et les raisons qui ont fait édicter l'article 1450, existent avec autant de force dans les deux hypothèses.

« La réserve des paraphernaux est une séparation de biens limitée, » disait le tribun Siméon. (Fenet, *Trav. prépar.*, XIII, page 827.)

Si notre Code n'a pas pris le soin d'étendre formellement l'article 1450 au régime dotal, cela tient à la façon dont il a été rédigé. On sait en effet que tous les textes relatifs au régime dotal ont été ajoutés après coup, et qu'on n'a pas coordonné ces textes avec les dispositions relatives aux autres régimes (2).

D'autre part, comme nous le verrons plus loin, la jurisprudence applique l'article 1450 aussi bien aux

(1) D'après une autre interprétation, il ne suffirait pas que le mari ait autorisé la vente, il ne serait responsable qu'autant qu'il aurait profité du prix. (Marcadé, sur l'art. 1450, art. 1, ch. 2, Zacharie, § 516, texte et not. 55). Ce système nous paraît contraire au texte de l'art. 1450, qui distingue deux hypothèses : celle où le mari a autorisé la vente, celle où il a profité des deniers. (Voir Aubry et Rau, V. § 616, notes 72 et 73; Colmet de Santerre, V. n° 102 bis, II.

(2) Cass., 25 avril 1882, S., 82, 1, 441. — Cass., 27 avril 1852, S., 52, 1, 401. — Cass., 27 décembre 1852, S., 53, 1, 461.

meubles qu'aux immeubles, bien que le texte paraisse restrictif.

Dès lors la responsabilité du mari est facile à établir. Nous appliquons l'article 1450 et nous disons que le mari sera responsable du défaut d'emploi ou de remploi, toutes les fois qu'il aura autorisé la vente. Il sera également responsable dans le cas où il n'aura pas autorisé la vente, s'il a concouru au contrat, ou si les deniers ont été reçus par lui, ou ont tourné à son profit.

Mais on pourrait objecter qu'avec ce système, nous faisons de la clause insérée au contrat une disposition inutile, car la situation ne sera pas modifiée, qu'il y ait ou non une clause ordonnant le remploi quant aux paraphernaux.

En effet, pourrait-on dire, il est certain qu'il faudra appliquer également l'article 1450 aux biens paraphernaux, même lorsque le contrat de mariage n'aura pas parlé de l'obligation de faire remploi; cet article ne suppose pas en effet qu'il y a une clause de remploi dans le contrat de mariage. Partant de cette idée, on pourrait être tenté de conclure que toutes les fois qu'il y aura une clause ordonnant l'emploi ou le remploi, le mari sera responsable dans tous les cas, et non plus seulement dans les hypothèses prévues par l'article 1450.

Mais cela nous paraît impossible à admettre, n'oublions pas en effet que la femme administre elle-même ses paraphernaux et que le mari n'a ici aucun droit de surveillance. Quand donc il aura refusé son consentement à la vente de l'immeuble, comment le rendre responsable des suites d'un acte auquel il n'a pas été partie? Nous pensons qu'il ne faut pas obliger le mari à surveiller le remploi dans tous les cas; mais

il ne résulte pas de là que la clause restera sans utilité. Nous croyons en effet que la clause aura pour effet d'étendre la responsabilité du mari dans les cas où elle existe, et qu'ainsi il sera responsable même de *l'utilité du emploi*, ce qui n'est que l'application des effets ordinaires que produit la clause sous les autres régimes.

Il reste à nous demander si la femme dotale qui veut effectuer un emploi ou un remploi de ses paraphernaux, a besoin pour cela de l'autorisation de son mari ou de justice, ou si cette opération ne rentre pas dans les actes d'administration.

Nous verrons plus loin que la même question se pose en ce qui concerne la femme séparée de biens judiciairement, et nous lui reconnaitrons le droit d'agir sans être autorisée; car la loi lui donne l'administration *libre et entière* de son patrimoine.

Mais pour la femme dotale, l'article 1576 ne s'exprime plus ainsi, il dit simplement qu'elle a l'administration de ses paraphernaux. On peut donc lui refuser ce droit que nous reconnaissons à la femme séparée de biens. L'article 482 du code civil, considère le placement d'un capital, comme un acte dépassant les bornes d'une administration pure.

« Une acquisition d'immeubles même avec paiement du prix comptant au moyen de deniers sujets à remploi n'est pas un acte d'administration. Administrer, c'est conserver les biens, les rendre productifs d'un revenu selon leur destination, percevoir les sommes, les employer, et placer l'excédant économisé. » (M. Labbé, note dans Sirey 86, 1, 97).

III. — Cas où il y a une communauté d'acquets jointe au régime dotal.

Le régime dotal peut se trouver modifiée par l'adjonction d'une communauté d'acquets. Cette combinaison a pour effet de remédier aux inconvénients du régime dotal pur et simple, en intéressant la femme à la prospérité de l'association conjugale. C'est un régime très usité dans le midi de la France.

Dans ce cas, les règles que nous avons posées sur l'emploi et le remploi se trouveront-elles modifiées? Non, et rien ne sera changé, car les principes du régime dotal continuent à s'appliquer aux biens dotaux et aux biens paraphernaux, et les clauses stipulées relativement à ces biens produiront toujours les mêmes effets. Ainsi l'immeuble acquis avec des deniers dotaux dont il devait être fait emploi, deviendra un immeuble dotal et ne tombera pas dans la communauté.

Que si la femme achetait un immeuble *constante matrimonio*, et que le prix en ait été payé partie avec des deniers dotaux, dont il devait être fait emploi ou remploi, et partie avec d'autres deniers, le nouvel immeuble deviendrait alors indivis, il serait dotal pour la portion qui a été payée avec les deniers dotaux, quant à l'autre portion elle tomberait dans la communauté d'acquets, par application de l'article 1401, 3°.

La Cour de Cassation a eu à se prononcer à ce sujet sur une hypothèse assez délicate. (21 mai 1873; Dal., 74, 1, 69, S., 74, 1, 121).

III. — Séparation de biens

Il nous faut distinguer ici entre la séparation de biens conventionnelle et la séparation judiciaire.

1° Séparation de biens conventionnelle.

En matière de séparation de biens conventionnelle les clauses d'emploi et de remploi se rencontreront rarement et pour une raison toute naturelle. Ce régime n'établit aucune association d'intérêts entre les époux, chacun d'eux garde sa fortune propre et ses revenus, sauf la part pour laquelle ils doivent contribuer aux charges communes. Dès lors, à quoi servirait-il à la femme de prendre des précautions contre le mari, puisqu'il n'a aucun droit sur ses biens ; à quoi lui servirait-il de stipuler de pareilles clauses, puisque chaque époux conserve non seulement la propriété mais l'administration de son patrimoine.

On ne comprendra donc guère l'utilité de nos clauses sous un pareil régime, que dans des cas tels que les suivants.

Au moment du mariage, un tiers a donné une certaine somme en dot à la femme, et redoutant la dissipation de cet argent, il a stipulé qu'il devrait être employé en acquisitions de tel ou tel immeuble.

D'autre part la femme en adoptant ce régime a pu laisser à son mari, l'administration de ses biens, et par mesure de précaution, elle lui a imposé l'obligation d'aliéner tel ou tel meuble et de les remplacer par des valeurs déterminées.

Quant à la clause de remploi, elle sera aussi quelquefois utile. La femme peut en effet aliéner ses

immeubles avec l'autorisation du mari ; on peut craindre que celui-ci n'abuse de son autorité et de son ascendant pour pousser la femme à cette aliénation. L'obligation de faire remploi du prix préviendra ce danger. Quels seront donc les effets de nos clauses sous le régime de séparation de biens ?

Vis-à-vis des tiers, nous croyons qu'il ne saurait y avoir de doutes ; en principe, elles n'auront aucun effet à leur égard, et ils ne seront responsables qu'autant que le contrat de mariage leur aura formellement imposé l'obligation de veiller à l'exécution de l'emploi ou du remploi. Hors de là, les clauses ne les intéressent pas. Nous croyons inutile d'insister plus longuement, tous les arguments que nous avons fait valoir au sujet des paraphernaux sous le régime dotal trouvent ici leur application.

Mais quelle sera la responsabilité du mari ? Ecartons d'abord une première hypothèse assez simple, celle où le contrat confiait au mari l'administration des biens de la femme. La responsabilité se règlera alors comme sous le régime de communauté, et les droits de la femme seront les mêmes, c'est-à-dire qu'elle pourra poursuivre le mari.

Mais supposons que la femme ait conservé l'administration de ses biens et qu'elle procède à l'aliénation de l'immeuble, étant autorisée conformément à la loi. Quelle sera alors la situation du mari ?

Nous croyons qu'ici encore il faut appliquer l'article 1450 ; la pratique n'hésite pas en effet à étendre cet article au cas de séparation de biens conventionnelle, car les motifs de cet article existent aussi bien sous ce régime que lorsqu'il y a séparation de biens judiciaire, et de plus les dangers auxquels il a pour but de parer s'y rencontrent aussi (Cass., 3 nov. 1861, S., 62, 1, 741).

Par conséquent, nous décidons que le mari sera responsable toutes les fois qu'il aura autorisé la vente, et, lorsque ne l'ayant pas autorisée, il aura concouru au contrat, ou que les deniers auront été reçus par lui, ou bien auront tourné à son profit.

En outre, nous décidons qu'il sera responsable dans ces différents cas, non seulement de l'exécution du remploi, mais aussi de son utilité. La raison est la même que pour le cas où il s'agit de biens paraphernaux sous le régime dotal. Le contrat de mariage impose une obligation, le mari est prévenu, il doit veiller à ce qu'elle soit exécutée d'une façon satisfaisante.

La femme séparée de biens qui veut opérer le remploi, aura-t-elle besoin d'une autorisation pour acquérir un bien en remplacement du bien aliéné, ou au contraire n'y a-t-il là qu'un simple acte d'administration qu'elle peut faire seule? La question se pose également sous le régime de séparation de biens judiciaire, elle s'y présentera même bien plus fréquemment; nous la discuterons donc après avoir étudié les effets que produit cette séparation intervenant pendant le mariage, sur les clauses d'emploi et de remploi.

2. — Séparation de biens judiciaire.

La femme peut demander la séparation de biens, lorsque les dissipations ou les mauvaises spéculations du mari mettent sa dot en péril. La loi lui donne ainsi le moyen de sauver sa fortune et de conserver à la famille des ressources qui pourraient lui faire totalement défaut.

La séparation de biens modifie profondément les

relations antérieures des époux; la femme reprend l'administration et la jouissance de ses biens, sous la condition de contribuer dans une certaine mesure aux charges du mariage.

Si les époux étaient mariés sous le régime de communauté, cette communauté est dissoute et on procède à sa liquidation. Les clauses d'emploi et de remploi n'ont donc plus aucune raison d'être, elles avaient pour but d'empêcher telles ou telles valeurs de tomber dans l'actif commun, or il n'y a plus d'actif commun.

Sans doute, il pourrait être utile pour la femme d'être garantie contre sa propre faiblesse et contre l'influence de son mari qui peut la pousser à dissiper sa fortune, le législateur y a prévu en édictant l'article 1450.

Le mari sera responsable du défaut de remploi, toutes les fois qu'il aura participé à la vente d'un immeuble de la femme, ou qu'il en aura tiré profit.

Ainsi, à partir de la séparation de biens, les clauses d'emploi et de remploi n'ont plus de raison d'être sous le régime de communauté (1).

Il en est tout autrement sous le régime dotal. Sans doute, sous ce régime, la femme séparée reprend aussi l'administration de sa fortune, et on pourrait encore dire, semble-t-il, que les clauses d'emploi et de remploi n'ont plus d'utilité, puisqu'elles sont diri-

(1) Nous avons reconnu plus haut que les époux qui adoptent le régime de séparation de biens, pouvaient avoir intérêt à insérer une clause de remploi dans leur contrat de mariage. Cela n'a rien de contradictoire avec ce que nous disons au texte. Quand il s'agit du régime de communauté, les époux en se mariant n'ont pas pu prévoir qu'une séparation de biens interviendrait plus tard, et les garanties que la femme a cru devoir prendre ne s'appliquaient évidemment dans son intention, qu'à la période pendant laquelle le mari aurait l'administration.

gées contre les dissipations possibles du mari. Mais il n'en est rien. Ces clauses continueront à subsister après la séparation, et à produire leurs effets, car l'article 1543 décide que la dot ne peut être modifiée durant le mariage. Or, c'est à ce résultat que l'on arriverait, si l'on permettait à la femme de ne pas observer les clauses d'emploi et de remploi.

Ajoutons du reste que sous le régime dotal, le législateur a eu soin de décider que toutes les garanties devaient continuer après la séparation de biens, c'est ainsi qu'il a déclaré que l'inaliénabilité continuerait à frapper les biens dotaux.

Les clauses d'emploi et de remploi seront utiles même pour la femme séparée, elles seront un moyen de la protéger contre son inexpérience, et sa faiblesse. Il ne faut pas oublier que le mari est toujours là, qu'il peut exercer son influence sur la femme et l'entraîner à dissiper sa fortune dans de mauvaises spéculations.

Ainsi, la femme dotale devra se conformer aux clauses d'emploi et de remploi, même après la séparation de biens, et si elle refuse de les exécuter, les tiers seront en droit de ne pas se libérer entre ses mains, et de consigner ce qu'ils doivent (1).

Du reste, pas plus après la séparation de biens qu'avant, la femme ne pourrait renoncer au bénéfice de ces clauses, car l'article 1543 s'y oppose, en interdisant toute modification de la dot pendant le mariage.

Mais comment la femme pourra-t-elle exécuter nos clauses, sera-t-elle libre d'agir seule en vertu de son droit d'administration, ou devra-t-elle, au contraire, pour opérer l'emploi ou le remploi, requérir l'autori-

(1) Cassat., 10 décembre 1888, *Pand. franc. percad.* 89, 1, 130.

sation de son mari, ou à son défaut obtenir celle de la justice ?

La question est vivement controversée, elle dépend de la façon dont on interprète l'article 1449 qui reconnaît à la femme séparée de biens, le droit d'administrer son patrimoine.

Cet article décide que la femme aura la libre administration de ses biens, et il ajoute qu'elle pourra disposer de son mobilier et l'aliéner.

La doctrine admet presque universellement que cet article donne à la femme séparée le droit de faire sans autorisation tous les actes, lorsqu'elle les accomplit dans la mesure et les besoins de l'administration. De plus, elle reconnaît que la femme séparée de biens peut aliéner librement son mobilier à titre onéreux, dans tous les cas, et sans qu'elle ait besoin d'aucune autorisation.

Le Code civil a considéré, dit-on, que le droit de disposer du mobilier était une conséquence du droit d'administrer, que c'était un acte d'administration.

L'article 1449 paraît bien consacrer cette solution.

Il en résulte que la femme pourra toujours faire l'emploi ou le remploi d'un capital sans avoir besoin d'aucune autorisation. En effet, placer un capital, c'est évidemment disposer de son mobilier, c'est même peut-on dire le seul moyen de disposer du mobilier en dehors des actes d'administration.

Que peut être le placement d'un mobilier, dit M. Labbé, (Sirey, 82, 2, 233, note) si ce n'est le placement d'un capital, et comment placer un capital sans acquérir ?

On objecte que cette opinion va à l'encontre du texte de l'article 217, qui défend à la femme séparée de biens, d'acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux.

« sans le concours de son mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

Mais on a justement répondu que l'article 1449 déroge à l'article 217 pour tout ce qui touche aux actes d'administration. Or, comme nous l'avons déjà dit, la loi a considéré dans l'art. 1449 la disposition du mobilier comme étant un corollaire du droit d'administrer. D'autre part, on peut remarquer que notre interprétation ne contredit pas l'article 217, puisque dans certains cas, le droit d'acquérir reste interdit à la femme. Ainsi elle ne peut pas acquérir à titre gratuit, et elle ne peut pas non plus acquérir à titre onéreux quand cette acquisition n'a pas pour objet un placement de deniers, c'est-à-dire quand elle ne peut pas payer le prix comptant. (1)

Cette opinion est admise par presque tous les auteurs, mais la jurisprudence la repousse et un arrêt récent de Cassation a décidé que la femme séparée de biens avait besoin d'autorisation pour opérer un emploi. (Cassat, 2 Décembre 1885, S., 86, 1, 97, Agen, 9 Nov. 1881, S., 82, 2, 233; Lyon, 7 Février 1883; Dal. 85, 2, 74.) « Attendu, dit la Cour, que l'acte par lequel l'emploi est effectué est un acte dépassant les limites de la simple administration, et que l'article 1449, limite aux actes d'administration les pouvoirs de la femme séparée de biens qui contracte sans être assistée de son mari ou de justice. »

Ainsi, cet arrêt se fonde sur ce que la femme séparée de biens ne peut faire que les actes d'administration. Tel est en effet la façon dont la jurisprudence

(1) De la théorie que nous venons d'exposer, il résulte que la femme séparée peut bien accomplir un emploi ordinaire, mais nous croyons qu'elle ne pourrait pas faire un emploi *par anticipation*, sans être autorisée par son mari ou par la justice.

interprète l'article 1449. D'après elle, cet article donne bien à la femme le droit de disposer de son mobilier, mais elle ne lui donne ce droit que pour les besoins de l'administration. En dehors de ces cas, elle ne peut pas aliéner son mobilier. Or le fait d'acquérir un immeuble en emploi ou en remploi n'est pas un acte d'administration (1).

Il faut reconnaître que cette interprétation est peu en accord avec le texte de l'article 1449.

M. Labbé (S., 86, 1, 97), se demande si l'arrêt de Cassation que nous venons de citer, donne une solution générale, ou s'il n'a pas été dicté par les circonstances spéciales de l'espèce, par ce fait qu'il s'agissait de régime dotal, et que le capital à employer avait une origine immobilière; mais en présence des termes employés par l'arrêt, il semble bien difficile de ne pas y voir une solution de principe, fondée sur l'interprétation ordinaire que la Jurisprudence donne de l'article 1449.

Il reste à nous demander en quoi la responsabilité du mari ou des tiers se trouvera modifiée, lorsque l'emploi et le remploi seront exécutés postérieurement à la séparation de biens.

Puisque les clauses d'emploi et de remploi sous le régime dotal conservent toute leur utilité, même après la séparation de biens, la femme devra s'y conformer et les exécuter sous les mêmes conditions que le mari.

Mais sa situation ne peut pas être plus rigoureuse. On a, à ce sujet plusieurs fois décidé, que le jugement de séparation de biens, ne pouvait pas imposer à la

(1) Dans ce sens. Bellot des Minières, *Contrat de Mar.*, IV, page 313, et M. Guillouard, *Traité du Contrat de Mar.*, III, page 133.

femme l'obligation de faire l'emploi ou le remploi dans d'autres termes que le contrat de mariage (Dal., 71, 1, 169; Cass., 26 juillet 1869; Valence, 25 juin 1875; Cas. 8 janvier 1877, S., 79, 1, 104; Dal., 78, 1, 463).

Quant à la responsabilité du mari elle se trouvera tout naturellement modifiée puisque ce n'est plus lui en principe qui opérera l'emploi ou le remploi.

Prenons d'abord le cas de remploi, la femme aliène un des immeubles pour lesquels le contrat de mariage prescrivait le remploi. Dans ce cas, nous appliquerons par analogie l'article 1450. Sans doute cet article est au chapitre de la communauté, mais l'article 1563 qui s'occupe des effets de la séparation de biens survenant entre deux époux mariés sous le régime dotal, renvoie aux articles 1443 et suivants.

Le législateur a redouté que le mari ne poussât la femme à vendre ses biens, dans le but d'arriver à en toucher le prix, et pour prévenir ce danger, il a décidé que le mari serait responsable toutes les fois qu'il aurait profité des deniers provenant de la vente.

Si l'aliénation a eu lieu avec l'autorisation de justice, en principe le mari n'est pas responsable du défaut de remploi, en effet, il ne peut pas supporter les conséquences d'un acte auquel il a refusé de prendre part. Il ne serait responsable dans ce cas, que si les deniers avaient été reçus par lui ou avaient tourné à son profit.

Si maintenant, il a autorisé la vente, il est tenu de veiller à l'exécution du remploi, il suffit même d'après l'interprétation que l'on donne ordinairement de l'art. 1450, qu'il ait consenti à l'aliénation, il n'est pas nécessaire qu'il y ait assisté.

Dans tous ces cas, l'article ajoute qu'il n'est jamais responsable de l'utilité du remploi.

Mais, remarquons le bien, cet article 1450 suppose qu'il s'agit de remploi facultatif. C'est en effet le seul cas possible, quand il s'agit de séparation de biens survenant entre époux mariés sous le régime de communauté.

Or, dans notre hypothèse, le remploi n'est pas facultatif, il est prescrit par le contrat de mariage, et on peut se demander si en présence de la clause, la responsabilité du mari ne doit pas être interprétée plus rigoureusement. Pour nous, nous le pensons, toutes les fois que le mari intervient à l'acte, il devient responsable de l'exécution de la clause, et pour que cette clause soit exécutée, il faut qu'il y ait non seulement remploi, mais remploi bon et valable.

Par conséquent, nous décidons que dans les hypothèses où le mari sera responsable, il le sera non seulement du fait du remploi, mais même de son utilité.

Passons maintenant au cas où il s'agit d'emploi : Si la clause s'applique à une somme dotale due à la femme, et qui ne peut être payée que sous la condition d'un emploi, le mari ne sera pas responsable. En effet la femme séparée de biens peut recevoir ses capitaux mobiliers en vertu de son droit d'administration.

Si au contraire, la clause s'applique à des meubles corps certains, le mari sera responsable dans les mêmes conditions que pour le remploi, car d'après la jurisprudence la dot mobilière reste inaliénable au regard de la femme après la séparation de biens.

Telle sera la situation du mari sous le régime dotal, lorsqu'il y aura eu séparation de biens.

En ce qui concerne maintenant les tiers, la séparation de biens ne modifie pas leur responsabilité, ils restent tenus de veiller à l'exécution des clauses, dans les mêmes cas et sous les mêmes conditions.

Par conséquent s'il s'agit de remploi ils ne doivent payer le prix qu'autant que la femme offre de se conformer aux termes du contrat de mariage.

Si au contraire, il s'agit d'emploi, ils ne sont pas responsables en principe, et le paiement les libérera définitivement, à moins que le contrat de mariage ne leur impose l'obligation de surveiller la destination des deniers.

Nous avons ainsi terminé l'étude des effets que produisent les clauses d'emploi et de remploi après la séparation de biens.

Dans toutes nos explications nous avons toujours supposé, qu'au moment où l'administration du mari prenait fin, il n'avait pas encore aliéné le bien sujet à l'emploi ou au remploi. Mais le contraire peut arriver, il peut se faire qu'au moment où la séparation est prononcée, le bien dont le prix doit être remployé ait été déjà vendu, mais que le remploi ne soit pas encore effectué. Quels seront alors les droits de la femme ?

Le mari ne peut plus exécuter ce remploi puisqu'il n'administre plus, la femme lui réclamera le prix de son bien qui a été aliéné. Elle a également le droit de poursuivre les tiers acquéreurs.

Sous le régime de communauté, elle pourra agir contre eux dans le cas où la clause leur imposait l'obligation de veiller au remploi. Comme ce remploi n'a pas eu lieu, elle intentera contre eux une action fondée sur l'inexécution des conditions de la vente, conformément à l'article 1184. Peu importe du reste que les tiers aient déjà payé leur prix entre les mains du mari, ou qu'ils aient refusé de verser faute de remploi.

Ces tiers ainsi poursuivis auront toujours le droit conformément à l'article 1184 d'arrêter l'action en résolution, en offrant de payer le prix à la femme une se-

conde fois ou d'effectuer le remploi. En agissant ainsi, ils rempliront les obligations qui leur incombaient et l'action de la femme n'aura plus d'objet.

S'il s'agit maintenant du régime dotal, comme l'aliénation aura eu lieu en dehors des conditions sous lesquelles elle était permise, la femme intentera contre les tiers, l'action en révocation conformément à l'article 1560.

On s'est demandé si le tiers acquéreur poursuivi pourrait arrêter cette action en offrant de faire le remploi ou de payer une seconde fois le prix. En d'autres termes, on s'est demandé si le remploi était encore possible après la séparation de biens.

Plusieurs opinions ont été soutenues à ce sujet. Les tiers, disaient M. Benech et M. Troplong (n° 3419, *Contrat de mar.*) ne peuvent plus offrir d'opérer le remploi, il est trop tard, le mandat marital a pris fin, la femme a un droit acquis à l'action en révocation.

D'autres auteurs (1), tout en admettant ce premier système, le tempèrent en déclarant que le remploi reste possible, lorsque le mari a donné des délais pour le paiement du prix aux acquéreurs des immeubles dotaux, et que ces délais ne sont pas expirés au moment de la séparation de biens.

Au contraire, M. Sériziat (*Rég. dotal*, n° 119) soutenait que le remploi pouvait être effectué même après la séparation, et que le tiers pouvait échapper à l'action en nullité en offrant le paiement du prix : « Le prix provenant de la vente du fonds dotal représente ce même fonds, puisqu'il est destiné à l'acquisition d'un héritage qui lui sera substitué. Ainsi le prix et le fonds sont placés sur la même ligne,

(1) Tessier, *De la Dot*, I, p. 406, 407.

l'un est le représentatif de l'autre, et la fin du contrat de mariage se trouve réalisée toutes les fois que le prix est affranchi des périls qui pourraient le compromettre, toutes les fois qu'il est conservé intact. »

Pour nous, nous n'hésitons pas à admettre la possibilité du remploi après la séparation de biens. En effet, il nous semble impossible d'admettre que la séparation de biens survenant brusquement, puisse ainsi modifier, empirer la situation du tiers acquéreur. Ce tiers n'a peut-être commis aucune faute, il n'a peut-être pas encore payé son prix, et en l'offrant, il exécute toutes les obligations qu'il avait contractées, il répare tout le préjudice que l'aliénation a pu causer à la femme, elle ne peut rien lui demander de plus.

Nous retrouverons du reste d'autres arguments qui peuvent s'appliquer ici, en étudiant plus loin la question de savoir si le tiers aurait encore le même droit après la dissolution du mariage.

Pendant longtemps, la jurisprudence a refusé au tiers acquéreur le droit que nous lui reconnaissons. (Cass., 27 avril 1842, S., 42, 1, 649; Lyon, 24 mai 1847, S., 48, 2, 141; Toulouse, 14 juillet 1852, S., 52, 2, 636).

Un arrêt de la cour de Caen, du 31 mai 1870 (S., 71, 2, 31), a adopté l'opinion que nous avons soutenue, et décidé que l'acquéreur du bien dotal aliénable sous condition de remploi, pouvait même après la séparation de biens, arrêter l'action en résolution intentée par la femme en offrant d'effectuer le remploi.

IV. — Régime sans communauté

Sous le régime sans communauté, le mari a l'administration de tous les biens de la femme ; par conséquent, les clauses d'emploi et de remploi se comprendront assez facilement, elles auront pour effet de lui enlever la disposition des capitaux.

Nous appliquerons ici les mêmes règles que sous le régime de communauté.

Le mari sera responsable dans les mêmes cas ; quant aux tiers, ils ne seront tenus de veiller à l'exécution de l'emploi ou du remploi, qu'autant que le contrat de mariage leur aura formellement imposé cette obligation.

CHAPITRE IV

Exécution des clauses d'emploi et de remploi

Nous connaissons maintenant quelles sont les conséquences qui résultent de l'insertion des clauses d'emploi et de remploi au contrat de mariage ; il faut nous demander comment les époux devront agir pour exécuter ces clauses.

Pour cela, nous examinerons successivement les points suivants :

I. — Qui peut faire le remploi ou l'emploi ?

II. — Formes de l'emploi et du remploi.

III. — Quels biens peuvent être acquis en emploi ou en remploi ?

IV. — Dans quel délai l'emploi et le remploi peuvent-ils être exécutés ?

V. — Des frais qu'ils entraînent.

I. — **Qui peut faire l'emploi ou le remploi ?**

Si la clause s'applique à des valeurs appartenant au mari, ce sera lui qui sera chargé de l'exécuter.

S'agit-il de clauses insérées dans l'intérêt de la femme, il en sera de même toutes les fois que le mari

aura, d'après le régime matrimonial, l'administration des biens, ainsi sous le régime de communauté, sous le régime sans communauté et sous le régime dotal, lorsque la clause s'appliquera à des biens dotaux.

Toutefois, même dans ces hypothèses, le contrat de mariage pourrait donner à la femme elle-même le droit d'opérer l'emploi ou le remploi, pourvu qu'elle soit autorisée par le mari. Cette solution pourrait paraître douteuse sous le régime dotal à cause de l'article 1549 qui décide que le mari a seul l'administration des biens dotaux. Sans doute, il faut reconnaître que la stipulation ci-dessus déroge à cet article, mais elle est néanmoins valable, en vertu du principe que les époux peuvent régler leur association conjugale comme ils l'entendent. Du reste, on ne peut pas dire que cette clause porte réellement atteinte aux droits du mari, comme chef, puisque la femme ne pourra agir qu'avec son autorisation.

Si maintenant, la clause s'applique à des valeurs paraphernales ou si les époux sont séparés de biens, ce sera alors la femme qui sera chargée d'exécuter l'emploi ou le remploi, puisqu'elle a l'administration des biens, mais l'autorisation du mari sera toujours nécessaire, du moins dans le système de la jurisprudence qui ne reconnaît à la femme qu'une capacité restreinte au droit d'administrer les biens.

II. — Formes de l'emploi et du remploi.

Les articles 1434 et 1435, dans le but de protéger les époux eux-mêmes et plus particulièrement la femme, et en même temps d'avertir les intéressés de la nature

du bien acquis par les époux, ont soumis l'emploi et le remploi à certaines conditions de forme.

Ils distinguent suivant que l'opération intervient dans l'intérêt du mari ou dans celui de la femme.

Dans l'intérêt du mari, il faut alors que celui-ci fasse, au moment de l'acquisition, une double déclaration destinée à établir : 1° que les deniers qui lui servent à réaliser cette opération proviennent de l'aliénation d'un immeuble qui lui était propre; 2° que l'acquisition est faite à titre de remploi. On admet généralement que ces deux déclarations sont exigées cumulativement, et que la seconde en particulier ne suffirait pas. Toutefois, quelques auteurs admettent que la première seule est indispensable.

Il faut en outre que cette double déclaration soit concomitante à l'acte d'acquisition; elle ne peut pas intervenir postérieurement.

Toutes ces formalités ont pour but de rendre bien claire l'opération dont il s'agit, et d'empêcher que le mari ne puisse plus tard refuser un immeuble et le laisser à la charge de la communauté, en prétextant qu'il n'avait pas eu l'intention de l'acquérir pour lui (Cassation, 20 août 1872, *Dol.*, 72, 1, 406).

Lorsque le remploi intervient en faveur de la femme, la loi exige l'accomplissement des deux mêmes conditions, et en outre elle en ajoute une troisième : Pour que le remploi produise son effet à l'égard de la femme, il faut qu'elle ait accepté comme propre l'immeuble que le mari a acquis pour elle.

La loi a voulu laisser à la femme le droit de refuser au besoin le bien acheté, s'il ne lui paraissait pas remplir les conditions d'un placement avantageux.

Telles sont les formes auxquelles les rédacteurs du Code ont soumis les acquisitions en remploi.

Mais les articles 1434 et 1435 ne s'occupent que du cas de remploi, et d'autre part ils se trouvent dans le chapitre de la communauté légale. Enfin, ces articles ne supposent pas que le remploi a été prescrit par le contrat de mariage, ils ne s'occupent que du cas de remploi facultatif.

On voit immédiatement par là quelle série de questions vont se poser.

Et d'abord les articles 1434 et 1435 s'appliquent-ils à l'emploi facultatif comme au remploi? Cette première question suppose que l'emploi est une opération permise même lorsqu'elle n'est pas autorisée par une clause du contrat de mariage; or, c'est un point controversé, mais nous n'avons pas à le discuter. Si on admet la possibilité de l'emploi facultatif, il faut certainement lui appliquer les règles de forme de nos articles, car elles présenteront la même utilité que dans le cas du remploi.

En second lieu, on s'est demandé s'il fallait étendre les articles 1434 et 1435 et les appliquer sous les régimes matrimoniaux autres que la communauté.

Pour résoudre cette deuxième question, il faut distinguer et prendre successivement les différents régimes.

En ce qui concerne le régime dotal, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour appliquer nos articles au remploi et à l'emploi des biens dotaux, et la raison en est que les précautions prises par la loi sous le régime de communauté, trouvent ici leur application toute naturelle. L'emploi et le remploi modifient singulièrement les règles ordinaires de notre régime, ils ont pour résultat de donner le caractère de dotalité à des biens qui ne l'auraient pas eu sans cela. Il faut donc que les tiers soient avertis du carac-

rière et de la nature de l'acquisition faite par les époux.

Bien plus, la femme dotale, doit de même que la femme commune, avoir le droit de repousser une acquisition qu'elle considérerait comme désavantageuse il ne faut pas que le mari puisse lui imposer tel ou tel bien.

Quelques rares auteurs soutiennent cependant qu'il ne faut pas appliquer ici des dispositions écrites pour le régime de communauté. (1) En matière de remploi, ajoutent-ils, il y a une raison de plus pour repousser l'interprétation extensive, c'est que le remploi est une fiction, et les fictions sont de la plus stricte interprétation.

Mais une pareille doctrine amènerait ici à des résultats inadmissibles. Le code n'a consacré à l'importante matière du remploi que quelques articles épars, et il faut suppléer au silence du législateur.

Pour les mêmes raisons, nous appliquerons au moins pour partie, les articles 1434 et 1435 au cas où les époux sont mariés sous le régime sans communauté; ici encore l'acceptation de la femme présente pour elle la plus grande utilité, et elle ne doit pas en être réduite à devenir propriétaire malgré elle.

Mais nous n'exigerons pas sous ce régime la double déclaration prescrite par l'article 1434; car nous ne voyons pas quelle pourrait être son utilité. Sous le régime de communauté, cette double déclaration est nécessaire, elle prévient les tiers qui ont grand intérêt à savoir si le bien acquis va tomber dans la communauté ou si au contraire il sera propre; de même aussi sous le régime dotal, il faut que les tiers sachent si le

(1) Laurent, XXXIII., n° 519. — Bellot des Minières, *Rég. dot. avec communauté d'acq.*, II, n° 780.

bien acquis sera dotal ou paraphernal, mais lorsqu'il s'agit du régime sans communauté, l'intérêt n'apparaît plus et nous ne voyons plus aucun motif d'exiger la double déclaration. Il suffira donc que le mari administrateur déclare en achetant le bien, qu'il l'acquiert pour sa femme.

Nous en dirons autant sous le régime de séparation de biens dans le cas où l'administration aura été confiée au mari. Ici encore nous reconnaitrons à la femme le droit d'accepter ou de refuser l'acquisition, mais nous n'exigerons pas que cette acquisition ait été accompagnée de la double déclaration.

Nous avons supposé jusqu'ici, que c'était le mari qui agissait pour la femme. Que faudra-t-il décider dans les cas où ce sera la femme elle-même qui administrera ses biens, ainsi sous le régime de séparation, ou sous le régime dotal quand il s'agira de valeurs paraphernales ? Dans ces hypothèses, la femme devra-t-elle suivre les conditions de forme exigées par l'article 1434 (1) ?

Ici encore nous ne croyons pas qu'il y ait lieu d'appliquer la nécessité de la double déclaration car elle n'aurait aucune raison d'être, aucune utilité.

Telles sont les formes auxquelles l'emploi et le remploi seront soumis sous les divers régimes matrimoniaux. Nous avons jusqu'ici supposé que nous étions en présence d'hypothèses où l'opération était soit facultative soit prescrite par la loi. Il reste à nous demander si les règles que nous avons formulées s'appliqueront encore, lorsque les époux auront inséré dans leur contrat de mariage une stipulation d'emploi ou de

(1) Nous ne parlons plus ici de 1435, car il ne saurait être question d'acceptation puisque c'est la femme elle-même qui agit.

remploi. Cette stipulation, cette clause ne tiendra-t-elle pas lieu des formalités prescrites par les articles 1434 et 1435, et ne sera-t-elle pas suffisante pour prévenir les tiers ?

La question s'est tout d'abord et tout naturellement posée sous le régime de communauté, car c'est à propos de ce régime que le législateur a édicté les règles de forme dont nous parlons.

En ce qui touche les deux déclarations prescrites par l'article 1434, nous croyons qu'il faut certainement les exiger. Si le mari pouvait faire l'acquisition sans prévenir les tiers, le bien tomberait dans la communauté suivant la règle ordinaire et la subrogation en faveur de la femme ne serait plus possible. La théorie du remploi est une exception à la règle que les biens acquis pendant le mariage sont communs, pour que cette exception se réalise il faut que l'intention des époux soit clairement manifestée. Or ici, comment les tiers peuvent-ils savoir que les époux ont l'intention de faire un propre du bien qu'ils achètent ?

Du reste, nos anciens auteurs admettaient tous la solution que nous donnons (1).

Mais en est-il de même de l'acceptation de la femme, et ne faut-il pas ici considérer qu'en imposant au mari l'obligation d'acquérir un immeuble en rem-

(1) Dans le cas spécial où il s'agit non plus de remploi, mais de clause d'emploi, M. Laurent (XXIII, n.º 222) conteste la nécessité de ces formalités. « L'emploi de deniers, dit-il, n'est pas un remploi tel qu'il est défini par la loi, car les deniers ne proviennent pas de la vente d'un immeuble, or le remploi repose sur une fiction et les conditions que la loi établit pour que la fiction existe, ne peuvent pas être plus étendues que la fiction elle-même. »

Mais puisque le Code ne s'est pas occupé de l'emploi, ne sommes-nous pas obligés de suppléer à son silence ? Du reste, M. Laurent reconnaît lui-même l'utilité que les formalités présenteraient pour l'emploi ; pourquoi donc ne pas les exiger ?

ploi ou en emploi, elle a consenti par avance à l'opération, et qu'elle ne peut pas refuser l'acquisition faite par le mari sous prétexte que le bien ne lui convient pas ?

C'est là, en effet, ce que plusieurs auteurs ont soutenu (1). Le mari, dit-on, est obligé par une stipulation expresse du contrat de mariage, stipulation à laquelle il peut être contraint de se conformer. Il est alors le mandataire de sa femme, et en acquérant avec déclaration que l'acquêt est un emploi des deniers de son épouse, il est dans les bornes de son mandat et ne peut être désavoué par elle.

A ces arguments, il est facile de répondre que l'on doit exiger ici l'acceptation de la femme, parce que le législateur l'a considérée comme une garantie pour elle, parce qu'il a voulu qu'elle fût libre d'apprécier la valeur du bien acquis, et l'utilité qu'il peut y avoir pour elle soit à devenir propriétaire, soit à rester créancière du mari.

Toutes ces raisons de protéger la femme n'existent-elles pas lorsque les époux ont pris la précaution de stipuler l'emploi ou le remploi dans le contrat de mariage ? D'autre part, nous ne croyons pas qu'il y ait dans la stipulation d'emploi ou de remploi, un véritable mandat donné par la femme au mari.

Et d'abord, en ce qui touche l'emploi, l'idée de mandat n'a rien à faire ; loin de donner au mari des pouvoirs spéciaux, la femme a restreint son droit d'administration, la clause d'emploi témoigne d'un sentiment de méfiance à son égard ; peut-on considérer une telle clause comme emportant promesse de ratifier les actes qui seront faits ? La femme n'a pas voulu

(1) Toullier, t. 14, n° 152 ; Odier, n° 315 ; Merlin, *Rép.* V°, *Dot*, par. 10.

s'engager à l'avance, elle n'a voulu qu'une chose, se créer une sûreté.

Que s'il s'agit maintenant du remploi, ici il est vrai, les pouvoirs du mari se trouvent étendus par la clause elle-même qui donne au mari le droit d'aliéner, à charge de remploi, et à ce point de vue on peut dire qu'il y a mandat donné par la femme au mari. Mais en ce qui touche l'obligation de faire remploi, les pouvoirs du mari se trouvent restreints. Comme le dit très bien M. Benech, il n'y a de mandat que dans la partie de la clause qui permet au mari d'aliéner. Cette clause est complexe, elle se compose de deux parties essentiellement distinctes. Il nous répugne de croire que la femme a voulu se lier d'avance, alors qu'elle imposait au mari des garanties pour la conservation de sa dot.

Nos anciens auteurs se prononçaient en faveur de l'opinion que nous défendons, elle était soutenue par Lebrun, par Coquille, par Bourjon et par Pothier (1).

C'est également dans ce sens que se prononce la jurisprudence actuelle, et les arrêts reconnaissent la nécessité de l'acceptation de la femme en cas de remploi conventionnel, qu'il s'agisse du régime de com-

(1) Dans le xvi^e siècle, cette question n'était pas résolue en principe, mais seulement d'après les circonstances. C'est ce qui résulte de ce que nous trouvons dans Charondas. *Réponses sur le Droit français* (Réponse 20, II, livre XII, p. 589). Mais dans le siècle suivant, ce système fut remplacé par une théorie beaucoup plus simple, qui exigeait dans tous les cas indistinctement l'acceptation de la femme. — Guy Coquille, *Quest. et Rép. sur les art. des Cout.*, II, p. 314. — Duplessis, *De la Communauté*, livre II, sect. 2, p. 470, 471. — Lebrun, *De la Communauté*, livre III, ch. II, sect. 1, dist. 2, n° 72. — Pothier, *De la Communauté*, n° 199. — Bourjon, *Droit commun de la France*, I, p. 621. — Despeisses, *De la Dot*, sect. 3. — Chabrol, *Coutume d'Anvergne*, II, 191. — Voir sur ce point M. Benech, *Emploi et Remploi*, pages 79 et suivantes.

munauté ou du régime dotal (Cassation, 2 mai 1859 ; Dal., 59, 1, 275. Cass., 12 juin 1865 ; Dal., 65, 1, 444).

Toutefois un arrêt de la Cour de Rouen du 26 avril 1872, (S., 73, 2, 133 ; Dal., 74, 2, 118) a décidé en sens contraire, et a déclaré que l'acceptation est inutile quand les époux sont mariés sous le régime dotal. Mais ce n'est là qu'un arrêt isolé, et la Cour de Cassation a récemment confirmé sa doctrine par arrêt du 25 juin 1883 (*Pand chronol.*).

Pour nous qui avons déjà décidé que les articles 1434, 1435 sont généraux et doivent s'appliquer à tous les cas, nous n'hésitons pas à déclarer que l'acceptation de la femme devra en principe intervenir quel que soit le régime matrimonial des époux.

L'accomplissement de ces formalités pourra devenir inutile, lorsque les époux auront formellement désigné dans leur contrat de mariage le bien qui devra être acquis en emploi ou en remploi. Dans ce cas en effet les tiers sont suffisamment prévenus par la clause elle-même, et ils ne peuvent être victimes d'une erreur. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que les époux se soient exprimés bien clairement, il faut qu'il n'y ait place pour aucun doute.

Par exemple, il ne suffirait pas d'une clause ainsi conçue :

L'emploi aura lieu sur le premier acquêt que fera le mari après la célébration du mariage.

Ici, la double déclaration et l'acceptation par la femme sont l'une et l'autre nécessaires. La double déclaration, parce que les tiers ne peuvent pas savoir si le bien acheté constitue la première acquisition réalisée depuis le mariage, il y a là pour eux une incertitude des plus dangereuses. — D'autre part la clause dont il s'agit est toute dans l'intérêt de la femme, et on ne

peut point la rétorquer contre elle. En édictant cette clause, son but a été de réaliser au plus tôt les deniers qui sont entre les mains de son mari, pour les soustraire au pouvoir de disposition que donne à celui-ci son droit d'usufruit sur ces valeurs, mais on ne peut raisonnablement penser que la femme en prenant ces précautions, ait entendu renoncer au droit d'évaluer l'acquisition, et se soit d'avance soumise à accepter le bien qu'il plairait au mari d'acheter.

C'était du reste, dans ce sens que se prononçaient nos anciens auteurs (1). Monsieur Troplong (*Contrat de mariage*, II, page 410) soutient l'opinion contraire. Le mari, dit-il, tient du contrat de mariage un mandat exprès pour acheter ; ce qu'il a fait en qualité de mandataire devient le fait de la femme, pour ainsi dire malgré elle, et l'acquisition n'a pas besoin de ratification.

Cette idée de mandat paraît bien au premier abord offrir un argument décisif contre le système que nous avons soutenu. Mais nous croyons qu'il faut l'écarter. Il n'y a pas ici de mandat spécial donné au mari. Celui-ci est par le fait de la loi administrateur des biens de la femme, il a à ce titre la disposition du mobilier. La femme, par la clause dont il s'agit, s'est contentée de restreindre les pouvoirs de son mari mais on ne peut pas dire qu'elle lui ait donné un mandat. Au surplus, il ne faudrait pas assimiler le mari au mandataire ordinaire, car il est dans une situation toute spéciale et les droits qu'il tient de la loi exigeaient que l'on accordât des protections particulières à la femme. Ce système conduit du reste à ce résultat bizarre, et contraire à l'intention des parties, que la femme est

(1) Sauf cependant Lebrun, *Communauté* page 370, n° 75.

moins favorisée quand elle a pris la précaution de régler minutieusement le remploi de ses deniers dotaux, que quand elle n'a rien dit.

Mais il deviendrait inutile d'exiger les formalités des articles 1434 et 1435, si la clause stipulait que le mari devrait acquérir en emploi ou en remploi tel immeuble déterminé. Dans ce cas, ces formalités seraient inutiles. Les tiers ne peuvent être victimes d'une erreur, ils n'ont qu'à consulter le contrat de mariage des époux, s'ils ne le font pas ils sont en faute. Quant à la femme, elle n'a pas à accepter l'acquisition, puisque elle a accepté par anticipation dans le contrat de mariage. (1)

Une autre espèce s'est encore présentée dans la pratique. L'acceptation par la femme serait-elle nécessaire sous le régime dotal, si le contrat de mariage donnait pouvoir au mari d'aliéner seul le bien dotal à charge de remploi ? Ce sera là surtout une question d'interprétation comme le font observer MM. Aubry et Rau (V. par. 537, note 88).

Enfin faudrait-il considérer comme une acceptation tacite, le fait par la femme d'avoir assisté au contrat d'acquisition ? La Cour de Riom a décidé affirmativement (Dal., 81, 2, 3), nous traiterons ce point en étudiant les formes de l'acceptation.

Nous n'avons pas distingué dans ces différentes questions sur les formes exigées quand il y a clause d'emploi ou de remploi, s'il s'agissait du régime de communauté ou du régime dotal. Les solutions sont toujours les mêmes. Cependant quelques auteurs

(1) Aubry et Rau, V. par 507, texte et note 85. Rodière et Pont, n° 689.— Massé et Vergé, t. III, par. 644, note 11, page 115.— Colmet de Sant., t. VI, n° 225 bis, VIII. — Jouitou, *Reg. dot.*, n° 319 et suiv.

refusent d'appliquer les articles 1434 et 1435, lorsqu'il s'agit de la clause d'emploi sous le régime dotal. C'est l'opinion de MM. Rodière et Pont, ils disent que sous le régime dotal, le mari a seul le droit de poursuivre les débiteurs de deniers dotaux, et de faire de ces deniers tel usage que bon lui semblera. Ce droit peut sans doute subir des restrictions, mais en dehors de ces restrictions, le principe général conserve son empire. Or, ajoutent-ils, la clause d'emploi n'exprime qu'une chose, c'est que les deniers dotaux serviront à une destination déterminée.

Nous ne répondons qu'un mot : Comment les tiers pourront-ils savoir que l'immeuble acquis par les époux, est acheté avec des deniers dotaux ?

Puisque les conditions de forme que nous trouvons indiquées dans les articles 1434 et 1435 s'appliquent sous les différents régimes matrimoniaux, et que l'insertion au contrat de mariage d'une clause d'emploi ou de remploi ne dispense pas de leur exécution, il convient d'étudier ces formalités dans leurs détails. Pour simplifier, nous ne nous occuperons que du cas où la clause a été stipulée en faveur de la femme, ce qui est, du reste, l'hypothèse ordinaire.

L'article 1435 qui s'occupe de ce cas est ainsi conçu :

« La déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi ne suffit point, si ce remploi n'a été accepté formellement par la femme : si elle ne l'a pas accepté, elle a simplement droit lors de la dissolution de la communauté à la récompense du prix de son immeuble. »

Et d'abord, si l'on est dans un des cas où la femme agit elle-même avec l'autorisation du mari ou de justice, cette formalité de l'acceptation n'aura pas d'inté-

rêt, il suffira que la femme se soit conformée à la déclaration prescrite par l'article 1434.

Mais supposons que nous sommes sous le régime de communauté ou sous le régime dotal, et que le mari acquiert un bien sans le concours de sa femme, pour lui tenir lieu de emploi.

Il faudra qu'il déclare, au moment de l'acquisition, quelle est l'origine des deniers qu'il emploie, et en outre que l'immeuble est acquis pour servir de emploi à la femme.

Lorsque le emploi est fait dans l'intérêt du mari, l'article 1434 a soin de nous dire que cette double déclaration doit se produire lors de l'acquisition, *in continenti*, et qu'elle ne pourrait pas intervenir après coup. Cela est naturel, s'il en était autrement, le mari pourrait acquérir un immeuble qu'il espère voir augmenter de valeur dans l'avenir, puis il attendrait avant de faire sa déclaration, afin de pouvoir abandonner l'immeuble à la communauté, dans le cas où son espoir serait déçu.

Ainsi, le mari achète pour 50,000 francs un immeuble, espérant que sa valeur vénale augmentera dans un avenir prochain, par suite de l'ouverture d'une nouvelle voie, par exemple. Ces prévisions ne se réalisent pas, et bien au contraire l'immeuble est déprécié. Le mari, s'il n'était pas obligé de faire la double déclaration au moment où il achète, pourrait laisser l'immeuble à la charge de la communauté, quand il s'apercevrait que sa valeur vénale a diminué au lieu de s'accroître.

Mais, a-t-on dit, ces raisons qui sont péremptoires quand il s'agit du mari, ne perdent-elles pas tout leur intérêt quand le emploi intervient en faveur de la femme, et ne faut-il pas alors décider que la double

déclaration peut intervenir après coup, postérieurement à l'acquisition? La doctrine est aujourd'hui fixée sur cette question, et elle admet en se fondant sur le texte de nos articles, que la double déclaration doit ici encore se produire immédiatement, *in continenti*. Il y a d'abord une raison de texte, l'article 1435 exige la double déclaration telle qu'elle est prévue et indiquée dans l'article 1434, lequel parle de déclaration intervenant au moment de l'acquisition.

D'autre part, l'article 558 du Code de commerce, vient confirmer cette opinion, il s'occupe des reprises de la femme en cas de faillite du mari : « La femme, dit-il, aura le droit de reprendre les immeubles acquis avec les deniers à elle provenus de succession, pourvu que l'emploi en soit constaté au contrat d'acquisition. » En dehors même des textes, cette solution se justifie très bien. Le remploi est une dérogation aux règles de droit commun, il crée un bien d'une nature spéciale, il faut que ce caractère particulier s'imprime sur l'immeuble au moment où il entre dans le patrimoine, sinon il devient un immeuble ordinaire, commun ou paraphernal, suivant le régime, et dès lors il ne peut plus changer de nature.

MM. Marcadé (1) et Rodière et Pont (I, 663) ont cependant soutenu que la double déclaration pouvait intervenir postérieurement à l'acte d'acquisition. Ils fondent leur opinion sur un passage de Dumoulin ainsi conçu : *Maritus poterit bonam fidem agnoscere etiam in testamento*. Mais il a été suffisamment prouvé que ce passage ne visait que le droit de la femme à une récompense. (2).

(1) Marcadé, sur les articles 1434, 1435, n° 3.

(2) M. Labbé, *Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, n° 85.

Du reste Pothier repoussait cette opinion (*Traité de la Communauté*, n° 199).

Le principal argument que font valoir MM. Rodière et Pont est tiré de l'article 1595, 2°. Cet article interdit la vente entre époux, mais il apporte à ce principe quelques exceptions, et entre autres celle-ci : « Le mari peut céder à sa femme des biens à lui appartenant, lorsque cette cession a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant. » Or cet article 1595, disent-ils, ne distingue pas à quel moment est intervenue l'acquisition, il ne s'en occupe pas, et cela montre que la double déclaration peut être faite utilement à quelque moment que ce soit.

Il est facile de répondre qu'il y aura une grande différence entre le cas prévu par l'article 1435 et le cas de l'article 1595. Oui, sans doute, le mari pourra, en se fondant sur l'article 1595, céder plus tard à sa femme à titre de remploi, un immeuble acquis antérieurement, mais quelle sera la nature de cette opération ? Raisonnons pour plus de clarté sur le cas de régime de communauté, tout ce que nous dirons pourra du reste s'appliquer au cas de régime dotal. Le bien acquis par le mari sans aucune déclaration est tombé dans la communauté, conformément à la règle de 1401, 3°. Plus tard, le mari cède ce bien à la femme ; en agissant ainsi, il fait une vente, une cession ordinaire, mais ce n'est pas là l'opération que prévoit l'article 1435. Il y a là une vente pure et simple, qui produit les mêmes effets que si elle était intervenue en faveur d'un étranger, et qui n'en produit pas d'autres. Nous comprendrons du reste plus clairement la différence qui sépare les deux situations en étudiant les effets de l'acceptation de la femme.

Pendant tout le temps qui se sera écoulé depuis l'acquisition jusqu'au moment où le mari fera la double déclaration, l'immeuble aura été conquêt de communauté. Si plus tard, la femme accepte l'offre du mari, alors le bien changera de caractère par l'effet de la cession, mais le caractère de bien commun qu'il a eu jusque là, a été imprimé sur lui d'une façon indélébile, et à ce titre, il aura pu être grevé valablement pendant cette période de différentes charges. Il n'en sera pas ainsi, croyons-nous, de l'immeuble dont l'acquisition aura été accompagnée des déclarations prescrites par les articles 1434 et 1435.

Nous avons dit que la double déclaration ne suffisait pas, pour rendre le remploi parfait à l'égard de la femme. Il faut en outre qu'elle accepte l'acquisition, car la loi ne veut pas que le mari puisse lui imposer un bien qu'elle ne trouverait pas avantageux, elle applique ici cette idée que nul ne devient propriétaire malgré lui, sans y avoir consenti.

On a quelquefois soutenu que cette acceptation de la femme devait aussi intervenir au moment de l'acquisition de l'immeuble (Delvincourt III, p. 290). Mais ce système nous paraît enlever à l'acceptation toute l'utilité qu'elle peut avoir. Qui dit faculté d'accepter, dit par là-même droit d'évaluer, d'apprécier, de réfléchir; il est certain que le choix laissé à la femme ne pourra s'exercer avec efficacité, que si elle est libre de peser les avantages et les inconvénients de l'acquisition, et cela exige nécessairement un certain délai de réflexion.

Nos anciens auteurs reconnaissaient unanimement ce droit de la femme de ne se prononcer qu'après un certain temps.

L'acceptation n'est pas soumise à des règles de

forme spéciale, l'article 1435 montre qu'il n'est pas besoin de termes sacramentels. Cependant la loi ne se contente pas d'un fait quelconque d'où l'on pourrait induire l'adhésion de la femme. Elle veut que l'acceptation soit certaine, et qu'il ne puisse exister aucun doute sur le point de savoir si elle est intervenue ou non.

Mais on ne saurait conclure de là comme l'ont fait M. Odier (I, 323) et M. Duranton (XIV, n° 394), que l'acceptation doit être faite par acte authentique. Sans doute une telle forme d'acceptation offrira des avantages, l'acte authentique ne pourra pas être supprimé comme pourrait l'être un acte sous seing privé, mais cela ne suffit pas pour se montrer plus rigoureux que la loi. Le code n'exige qu'une chose, c'est que la femme manifeste son intention d'une façon non équivoque.

Il n'y a qu'un cas dans lequel l'acceptation devrait avoir lieu par acte authentique, c'est en matière de commerce (558 Com).

On s'accorde à reconnaître que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour accepter l'acquisition par lui faite ; cette autorisation résulte implicitement de la double déclaration dont il a accompagné l'achat de l'immeuble.

On a toutefois soutenu que l'autorisation était nécessaire, car, a-t-on dit, le fait de l'acceptation constitue pour la femme une acquisition, il faut que le mari autorise, conformément à l'article 217 Civ. On ajoute que cette autorisation pourra être très utile, car l'acquisition avantageuse au moment où elle a été faite, pourra plus tard devenir mauvaise ou dangereuse. Cette opinion n'a pas triomphé, elle est en effet trop rigoureuse.

L'acceptation de la femme n'a pas besoin d'être ex-

presse, elle peut être simplement tacite, pourvu que les faits dont elle résulte soient assez précis, assez nets pour ne laisser aucun doute. A ce sujet, on s'est demandé s'il fallait considérer comme une acceptation tacite, le fait par la femme d'avoir assisté au contrat et signé l'acte d'acquisition. La question est fort ancienne, et bien avant le Code, elle avait donné lieu à plusieurs opinions. Lebrun, Duplessis et Bourjon (1) soutenaient que l'acceptation devait être formelle, et que la présence de la femme à l'acte ne suffisait pas, qu'il fallait en outre qu'elle ait parlé au contrat.

« En effet dit Lebrun (*loc. cit.*) quand une femme acquiert avec son mari, en déclarant que le prix pro-
« cède de sa dot, elle ne déclare point qu'elle accepte
« la chose pour remploi et qu'elle prétend qu'elle lui
« sera propre. Aussi elle n'acquiert pas seule, et son
« mari est principal acquéreur comme chef de la
« communauté : par conséquent elle ne s'attribue pas
« la propriété mais un simple privilège. Que s'il est dit
« dans le contrat de mariage que l'héritage ou la rente
« de remploi lui sera propre, cela s'entend de la rente
« ou de l'héritage qu'elle aura précisément accepté
« pour remploi, non de la rente ou de l'héritage qu'elle
« aura simplement acquis, avec déclaration que ses
« deniers sont le prix de l'acquisition, ce qui ne tend
« qu'à un privilège sur le conquêt, et non à rendre la
« femme seule propriétaire du conquêt, et lui en faire
« un propre. »

Tout au contraire, d'après Pothier (*Traité de la Communauté*, n° 200) « la présence ou la souscription de la femme au contrat où cette déclaration est portée, en est une suffisante acceptation. »

(1) Lebrun, *Traité de la Communauté*, n° 78 et suivants. — Duplessis, *Communauté de biens*, livre II, ch. IV sect. 2

La question continue aujourd'hui à être controversée. MM. Benech (1), Rodière et Pont (2), et Guillaud (3) soutiennent que la présence de la femme au contrat ne peut pas suffire; ils invoquent à l'appui de leur opinion, les termes de l'article 1435, qui dit que le remploi doit être *formellement* accepté. En outre, disent-ils, si la femme est présente au contrat c'est que peut-être le mari l'a exigé, et la preuve que le seul fait de cette présence n'implique pas un consentement de sa part, c'est que l'article 1544 nous dit : « Si la dot est constituée par le père seul pour droits paternels et maternels, la mère quoique présente au contrat, ne sera point engagée, et la dot demeurera en entier à la charge du père. »

Pour nous, nous préférons adopter l'autre opinion (4); la présence de la femme au contrat d'acquisition ne nous semble pouvoir s'expliquer que comme étant un consentement donné par elle à l'acte, et une acceptation du remploi.

Peut-être, objecte-t-on, la femme n'a-t-elle assisté au contrat que parce que le mari l'y a obligée. Mais ce n'est pas là un cas ordinairement fréquent, et de ce qu'il peut se produire une fois, par hasard, peut-on en tirer une solution générale ? Du reste, si l'ascendant du mari a seul décidé de la présence de la femme à l'acte, ne pourra-t-il pas aussi plus tard décider de son acceptation ?

L'article 1544 qu'on oppose ne prouve rien. Dans notre espèce nous croyons que la présence de la

(1) *Op. cit.*, page 113.

(2) I, n° 510, édit. 1842.

(3) II, parag. 496.

(4) Aubry et Rau, V. par. 507.— Troplong. *Contrat de mariage*, n° 1129.— Odier, I, 323.— Toullier, XIII. n° 364.

femme ne peut se comprendre que comme impliquant de sa part l'intention d'accepter le remploi ; au contraire dans le cas de l'article 1544, sa présence peut s'expliquer par un autre motif que son approbation aux dires du mari. Il s'agit en effet alors d'une donation, on doit donc être moins porté à supposer l'engagement de la femme ; sa présence à l'acte est naturelle puisqu'il s'agit de doter les enfants.

Ainsi, l'acceptation de la femme pourra résulter de tout acte impliquant de sa part intention formelle de prendre pour elle l'immeuble acheté, et cette acceptation pourra intervenir après l'acquisition. Mais jusqu'à quelle époque la femme pourra-t-elle réfléchir, et si le mariage vient à se dissoudre ou l'administration du mari à cesser, sera-t-il encore temps d'accepter postérieurement à ces faits ou bien au contraire son droit contre le mari sera-t-il définitivement transformé en un droit de créance ?

En d'autres termes l'acceptation de la femme est-elle encore possible après la séparation de biens ou la dissolution du mariage ?

Pour résoudre cette question, nous nous occuperons successivement du régime de communauté et du régime dotal.

Et d'abord, s'il s'agit du régime de communauté, nous n'hésitons pas à répondre négativement, l'acceptation de la femme n'est plus possible, croyons-nous. En effet, sous ce régime, l'emploi et le remploi sont stipulés comme des garanties données contre le mari. La loi, pour protéger la femme, lui permet de ratifier ou de refuser l'acte fait par celui-ci. Du moment que l'administration du mari a cessé, les dangers auxquels l'emploi et le remploi étaient destinés à remédier ont disparu, et si à ce moment, la femme n'a pas accepté

l'immeuble que lui offrait le mari, c'est qu'elle a préféré rester simple créancière de la communauté.

D'autre part, notre solution est formellement confirmée par l'article 1435 qui s'exprime ainsi : Si la femme n'a pas accepté le remploi au moment de la dissolution de la communauté, elle a simplement droit à une récompense.

Enfin, il nous paraît bien naturel de fixer une limite à ce droit d'option de la femme, qui est déjà un droit exorbitant. Où s'arrêterait-on si on décidait, au contraire, que la femme peut accepter le remploi même après la dissolution du mariage, et pendant combien de temps laisserait-on dans l'incertitude le sort de cet immeuble dont personne ne pourrait disposer d'une façon définitive ?

Aussi ce système est-il celui qui est le plus généralement adopté par la doctrine. Cependant quelques auteurs l'ont combattu. D'après MM. Rodière et Pont, l'acceptation reste possible après la dissolution du mariage, toutes les fois que la communauté se dissout par la mort de la femme ou par la séparation de corps ou de biens. Elle ne l'est plus au contraire dans le cas où le mariage se dissout par la mort du mari. La raison de cette distinction, est que le mari a fait une offre à la femme et que toute offre est rétractée par la mort de celui qui l'a faite.

D'autres auteurs soutiennent au contraire que l'acceptation est toujours possible même après la dissolution (Battur, I, n° 211). A l'appui de cette opinion, on invoque une phrase de M. Treilhard, qui disait, qu'il était injuste d'enlever à la femme le droit d'accepter après la dissolution ; car le temps lui avait peut être manqué ou elle avait pu être empêchée de toute autre manière. Mais Berlier repoussa cette doctrine ;

l'acceptation, disait-il, n'offrirait pas plus d'avantages après la dissolution, que l'action ordinaire en reprises que la femme peut exercer sur l'immeuble dont il s'agit, comme sur tous les autres.

La jurisprudence est du reste bien établie dans le sens de notre opinion. (Cassat. 2 Mai 1859; S., 59, 1, 293.— Angers, 18 Mai 1868; Dal., 68, 2, 82. — Douai, 9 Mars 1847; Dal., 49, 2, 141.) Par conséquent, l'immeuble acheté par le mari et non encore accepté au moment de la dissolution, tombe définitivement dans la communauté.

Supposons maintenant que les époux soient mariés sous le régime dotal.

Ici encore nous donnerons la même solution, l'emploi et le remploi sont destinés à garantir la femme contre l'administration du mari; si elle n'a pas accepté au moment où cette administration cesse, son droit est définitivement transformé en un droit de créance, et l'immeuble acheté reste la propriété du mari. (Duranton XV n° 432) Agen, 20 Juillet 1858; S., 59, 2, 1. — contra Grenoble, 25 Avril 1861; S., 61, 2, 565.)

Ainsi dans tous les cas où l'opération est effectuée par le mari, la femme pourra jusqu'à la dissolution du mariage, réfléchir avant d'accepter ou de refuser le bien acheté en emploi ou en remploi.

C'est là certainement un droit exorbitant, il en résulte que le bien acquis reste dans une situation indécise, aussi s'est-on souvent posé la question de savoir si le mari ne pourrait pas restreindre ce droit, et demander que les tribunaux établissent un délai dans lequel la femme devrait accepter le remploi.

Il est certain que le mari aurait un grand intérêt à agir ainsi, car l'incertitude qui existe sur la nature de l'immeuble, le place en quelque sorte hors de la circu-

lation. Mais la loi ne donne nulle part ce droit au mari, et elle paraît au contraire avoir voulu créer au profit de la femme une situation privilégiée qu'on ne peut lui enlever.

Quelques auteurs cependant refusent de laisser le mari dans cet état d'incertitude : il est inadmissible disent-ils, que la femme ait le droit d'attendre que les chances de l'opération se soient dessinées (1). « Si la femme ne se prononce pas, dit M. Jouitou. (Régime dotal, I, n^{os} 320 et 321), si elle n'accepte pas, on pourra mettre un terme à cette situation, en lui signifiant une mise en demeure d'accepter ou de refuser. Le vendeur de l'immeuble proposé en remploi ou en emploi, le mari acheteur, le débiteur de deniers à employer ou à remployer ont intérêt et qualité pour faire la sommation. Après cette sommation, ou la femme refuse, ou elle accepte. Si elle refuse, le mari, le tiers débiteur qui a payé, ont action contre elle. Aux tribunaux d'apprécier si le refus de la femme est ou non fondé. Le mari a droit à un immeuble dotal, la femme le lui doit, et les tribunaux ne pourraient délier la femme de son obligation. »

Que devient donc dans un pareil système le droit d'option de l'article 1435. Quelque défavorable que soit la situation du mari, il nous semble impossible d'aller aussi ouvertement contre l'esprit de la loi. Du reste, nous ne voyons pas, même en adoptant ce système, pourquoi M. Jouitou voudrait reconnaître le droit d'agir, non-seulement au mari, mais au débiteur de deniers à employer, et surtout au tiers vendeur de l'immeuble proposé en remploi. Ce dernier n'a rien

(1) Mourlon, *Cours de droit civil*, III, n^o 156.

à voir au emploi, il n'en est dans aucun cas responsable, peu lui importe que la femme accepte ou n'accepte pas ; pour être payé, il n'a qu'à poursuivre le mari. Nous cherchons en vain sur quel motif on peut fonder le droit qu'on veut lui attribuer.

Quant au tiers débiteur de deniers dotaux lui-même, il ne nous paraît pas admissible qu'il puisse agir contre la femme. Il suffit pour qu'il soit à couvert, que le mari offre en emploi un immeuble suffisant, de ce jour il peut payer, sans avoir à craindre aucun recours de la part de la femme.

Tout ce que nous avons dit jusqu'ici relativement à l'acceptation de la femme, supposait que le contrat de mariage ordonnait le emploi ou l'emploi sans fixer de délai ? Prenons maintenant le cas où la clause déclarait que le emploi devrait être exécuté dans un temps déterminé.

Ici encore, nous croyons que l'acceptation pourra valablement intervenir même après l'expiration du délai, jusqu'à la dissolution du mariage ; la fixation du délai ne peut avoir qu'un but, obliger le mari à exécuter promptement la clause, mais elle ne modifie en rien le droit de la femme.

Nous ne déciderons autrement, qu'autant que le contrat de mariage aurait formellement dit que le délai s'appliquerait même au droit d'option de la femme.

Telles sont les formes dans lesquelles doit intervenir l'acceptation, et telle est la période durant laquelle elle peut avoir lieu. Il nous reste maintenant à étudier quels effets elle produira, et ensuite quelles seront, au contraire, les conséquences lorsque la femme refusera de prendre pour elle l'acquisition.

Effets de l'acceptation

Nous supposons donc que l'acceptation de la femme est intervenue, à partir de ce moment le remploi est effectué, le bien devient un propre de la femme, ou un bien dotal suivant les cas.

Si l'acceptation est intervenue au moment même du contrat, l'opération pourra s'analyser d'une façon bien simple, le bien aura été immédiatement et directement acquis par la femme, ni le mari, ni la communauté n'auront jamais eu aucun droit sur lui.

Mais supposons, comme cela arrivera dans bien des cas, que la femme n'a accepté qu'un certain temps après l'acquisition ; que faudra-t-il alors décider pour la période intermédiaire qui s'étend depuis l'acquisition jusqu'à l'acceptation ? Quelle aura été pendant cette période la nature juridique du bien ? En d'autres termes, l'acceptation de la femme aura-t-elle un effet rétroactif au jour de l'acquisition, de telle sorte que le bien sera réputé lui avoir appartenu à partir de ce jour, ou, au contraire, n'aura-t-elle d'effet qu'à sa date, qu'au moment où elle intervient, de telle sorte que jusque-là, le bien aura fait partie de la communauté ? On comprend l'intérêt de cette question ; il apparaît au point de vue des droits réels que des tiers ont pu acquérir sur l'immeuble durant cette période intermédiaire (1).

Peu importe du reste, qu'il s'agisse du régime de communauté ou du régime dotal, la question se pose dans tous les cas où il y a lieu à acceptation de la part

(1) Nous n'indiquons ici que l'intérêt principal, nous signalerons les autres dans le cours de la discussion.

de la femme. Mais elle se discute ordinairement à propos de l'emploi et du remploi facultatifs, et l'on peut se demander s'il y a lieu de la poser lorsqu'on est en présence d'une clause insérée dans le contrat de mariage. On pourrait en effet, semble-t-il, soutenir qu'alors le mari a reçu un mandat de la femme, qu'il doit l'exécuter, qu'il ne peut pas se soustraire à cette exécution, et que l'immeuble qu'il a ainsi acquis, il ne peut pas l'avoir acheté pour lui mandataire, mais bien pour son mandant. Cette opinion a en effet été soutenue, nous la trouvons consacrée par un ancien arrêt d'Agen, du 2 février 1836 (Dal., *Rép.*, V^o, *Contrat de mar.*, n^o 1437). Cet arrêt reconnaît que l'acceptation de la femme n'a pas un effet rétroactif, quand on est en présence d'un remploi facultatif; mais il ajoute : *Il en serait autrement sans doute, si l'obligation de remploi était résultée des conventions matrimoniales, parce qu'alors le droit de l'épouse eut été indépendant de la volonté de son mari, et que son acceptation se fut alors rattachée nécessairement au contrat d'acquisition.*

De même, MM. Rodière et Pont paraissent aussi avoir voulu sanctionner cette distinction; en effet, pour le régime de communauté, ils admettent que si le remploi est facultatif, l'acceptation de la femme n'est pas rétroactive à l'égard des tiers; au contraire, lorsqu'ils traitent de la clause d'emploi sous le régime dotal, ils reconnaissent qu'elle a un effet rétroactif absolu, parce qu'elle constitue l'accomplissement d'une condition suspensive (1).

(1) Cependant, un peu plus loin, III, page 397, MM. Rodière et Pont, parlant de la clause de remploi sous le régime dotal, décident que l'acceptation ne rétroagit pas à l'égard des tiers. Il nous semble bien difficile de donner ainsi deux solutions dif-

Pour nous, nous pensons qu'il n'y a pas de distinction à établir; l'acte que le mari accomplit lorsqu'il fait la double déclaration a le même caractère dans tous les cas, que la clause soit obligatoire pour le mari, ou qu'elle ne le soit pas, ou même quand il n'y a pas de clause (1).

La jurisprudence sanctionne du reste le système que nous soutenons. Un arrêt de Cassation du 8 janvier 1868 (S., 68, 1, 136) qui pose le principe de la non rétroactivité à l'égard des tiers, a statué dans une espèce où les époux étaient mariés sous le régime dotal, et où le contrat de mariage contenait l'obligation de faire remploi des immeubles dotaux qui seraient aliénés.

Nous arrivons maintenant à la discussion de notre question. L'acceptation de la femme a-t-elle un effet rétroactif?

Trois systèmes différents ont été présentés. Nous verrons que la jurisprudence a depuis longtemps adopté une de ces manières de voir, si bien que la controverse est surtout doctrinale.

Le premier système, soutenu par M. Marcadé compte aujourd'hui peu de partisans. On pourrait l'appeler le système de la non rétroactivité absolue, il s'exprime ainsi : Le mari en acquérant l'immeuble destiné au remploi, a acheté pour la communauté, dès lors celle-ci est devenue propriétaire du bien ; mais en même

férentes sur l'emploi et sur le remploi. Nous ne voyons pas sur quel argument on pourrait fonder la distinction.

(1) Dans un cas spécial, M. Guillouard semble admettre, contrairement à sa doctrine ordinaire, que l'acceptation aura un effet rétroactif, c'est au cas où le contrat de mariage dit que les premières acquisitions réalisées après l'aliénation serviront de remploi. Il reconnaît que cette clause doit lier le mari, et l'empêcher de révoquer l'offre du remploi.

temps qu'il achetait, le mari par les déclarations portées dans l'acte, a fait à la femme l'offre de lui céder le bien qu'il venait d'acquérir, de le lui donner en paiement de la créance qui est née à son profit contre la communauté, par suite de l'aliénation de son propre. Mais le mari comme tout contractant, est libre de retirer cette offre qu'il a faite, jusqu'à ce qu'elle ait été acceptée.

Les conséquences de ce système sont faciles à apercevoir :

1° Puisque pendant toute la période qui s'est étendue depuis l'acquisition jusqu'à l'acceptation le bien a été un bien commun, le mari a pu le grever valablement de droits réels au profit de tiers, ou même l'aliéner. En agissant ainsi, il n'a fait que révoquer son offre, soit pour partie soit pour la totalité, et tous les droits qu'il a consentis sont opposables à la femme.

2° La femme lorsqu'elle accepte le bien, l'acquiert en réalité au moment même de cette acceptation, elle devient l'ayant-cause de la communauté; il y a à ce moment une mutation de propriété qui s'opère, et dès lors la régie pourra exiger deux droits proportionnels de mutation, le premier au moment de l'acquisition, et le second lors de l'acceptation de la femme. Toutefois pour ce deuxième droit de mutation, il ne devrait se calculer que sur la moitié de la valeur de l'immeuble, car la communauté n'étant pas personne morale, la femme est propriétaire pour moitié des biens communs.

3° De même encore, la femme devra faire transcrire son acte d'acceptation pour rendre son droit de propriété opposable aux tiers; il y aura donc lieu à deux droits de transcription, un, au moment où le bien est acheté, et l'autre au moment de l'acceptation.

4° Enfin cette opinion arrive à décider qu'il ne faut pas distinguer entre l'article 1435 et 1595 ; du moment que l'acceptation n'a pas d'effet rétroactif, il ne sert à rien que la double déclaration exigée par l'article 1435 soit contemporaine de l'acte d'acquisition, cela n'a plus d'intérêt, et il faut décider que la double déclaration pourra intervenir après coup.

Cette dernière conséquence nous fournira une première arme contre ce système, mais voyons auparavant sur quels arguments il s'appuie.

On dit d'abord, que tout immeuble acquis durant le mariage doit tomber dans la communauté ; sans doute au moment où s'est réalisée l'acquisition, il y a eu une offre de revente faite par le mari à la femme, mais cette offre ne peut avoir d'effets que du jour où elle est acceptée, elle ne modifie donc pas le caractère de l'acquisition.

Du reste, le vendeur n'a traité qu'avec le mari, c'est entre eux deux seulement que le contrat est intervenu, et qu'il doit par suite produire ses effets. Quant à la femme, elle n'a pas été partie à l'acte, elle ne peut pas en empêcher les conséquences, et faire que le bien ne tombe pas dans la communauté. On ajoute que Tronchet a formellement consacré cette opinion lors de la discussion de nos articles 1434 et 1435, l'immeuble, a-t-il dit, est conquêt de communauté, tant que l'acceptation de la femme ne lui a pas donné la qualité de propre.

Ce système, nous l'avons dit, ne compte plus beaucoup de défenseurs, du moins à notre connaissance. Il est en effet difficile de nier qu'il enlève à l'opération du remploi une grande partie de son utilité, et que sous prétexte de ne pas mettre le mari dans une

situation trop dure (1), il sacrifie les droits de la femme.

D'autre part au point de vue juridique, il a le tort grave de ne faire aucune distinction entre les articles 1435 et 1595, or cela paraît contraire aux intentions du législateur; puisque l'article 1595 semble donner un démenti à l'article 1435, est-il admissible qu'il vise la même hypothèse que celui-ci ?

A quoi sert dans ce système, la double déclaration exigée par l'article 1435? Cette double déclaration quise comprend très bien quand le remploi est fait par le mari pour son compte personnel, ne peut avoir d'intérêt dans le cas de remploi en faveur de la femme, que si elle est contemporaine de l'acquisition, sinon elle devient une vaine formalité dont on pourrait fort bien se passer, sans préjudice pour personne.

Enfin l'intention du mari, lorsqu'il acquiert pour procurer à la femme un remploi bon et valable, n'est pas suffisamment analysée et respectée par ce système. Ajoutons en outre, qu'il est contraire à la tradition, et que tous nos anciens auteurs le repoussaient.

Nous arrivons donc aux deux autres opinions.

La jurisprudence nous l'avons déjà dit, est fixée depuis longtemps sur cette controverse et voici comment elle analyse l'opération. Pour elle, l'acceptation de la femme n'est pas rétroactive à l'égard des tiers,

(1) En effet il résulte du système de la rétroactivité, comme nous le verrons plus loin que le mari se trouve dans une situation assez précaire relativement au bien qu'il a acheté, tant que la femme n'a pas accepté: Le droit de propriété que la communauté pourra avoir sur ce bien est incertain, il est en suspens. Par conséquent les actes passés par le mari n'offrent aucune solidité, et les tiers s'abstiendront de traiter avec lui.

mais cette rétroactivité existe au moins dans les rapports des époux entre eux. (1)

Le mari qui acquiert en faisant la double déclaration prescrite par l'article 1435, fait un acte complexe; d'abord il réalise un marché pour la communauté, mais en même temps et par suite de la déclaration, il offre à la femme de la subroger à ce marché, de la mettre aux lieu et place de la communauté.

Ce système est assez délicat à formuler, car il emprunte aux deux autres opinions, nous le trouvons assez exactement exposé dans le réquisitoire de M. l'avocat général Blanche, devant la Cour de cassation, le 8 Janvier 1868; S., 68, 1, 136. « Le mariage, « disait-il, est une société particulière fondée sur des « bases bien différentes des associations ordinaires, « et créant au mari une position spéciale dont on « apprécierait inexactement la nature en voulant l'assimiler aux effets d'un autre contrat. Il n'est ni un « mandataire proprement dit, ni un simple gérant « d'affaires ou un portefort, mais il tient de tout cela « en même temps, et s'il est souvent besoin de combiner les résultats de ces divers contrats pour « rendre raison de tous ses actes, du moins est-il « certain qu'il s'agit toujours d'une administration « pour autrui. »

Il y a donc dans l'acte fait par le mari une acquisition et une offre adressée à la femme, de la subroger dans les effets du contrat d'acquisition.

Les conséquences d'un tel système seront les suivantes :

1° Il n'y aura lieu qu'à un droit de mutation, puisque l'acceptation de la femme la rend rétroactivement

(1) Dans le même sens.— Aubry et Rau, V, page 306.— Mourlon, *Revue pratique*, t. III p. 49,— Guillouard, II, n° 509.

propriétaire à l'égard du mari. Mais il faudra deux transcriptions, la deuxième, au moment de l'acceptation de la femme, sera destinée à apprendre aux tiers que le mari n'a plus aucun droit sur l'immeuble acheté.

2° Le mari qui a fait à la femme une offre de subrogation, est libre de la révoquer en tout ou en partie ; or, il la révoquera en constituant des droits réels sur le bien ou en l'aliénant, et la femme devra respecter les actes qu'il aura passés. Mais si au contraire, dans l'intervalle de l'acquisition à l'acceptation de la femme, des droits réels se sont établis sur le bien, sans le concours direct, sans la participation personnelle du mari, par exemple des hypothèques légales ou judiciaires, ces droits réels ne seront pas opposables à la femme, si elle accepte le bien comme propre, et ils tomberont par suite de la rétroactivité de son acceptation.

Telles sont les conséquences de ce système, et il faut bien le reconnaître, elles sont assez satisfaisantes, puisqu'elles concilient à la fois les intérêts des tiers, ceux du mari et ceux de la femme dans la mesure du possible. Ce système a reçu l'adhésion d'auteurs très importants. MM. Aubry et Rau l'ont confirmé de l'autorité de leur nom (V. page 306 ; de même M. Troplong, II, n° 1135). Il a en outre l'avantage d'éviter la confusion que le premier système fait entre l'article 1434 et l'article 1595 ; dans l'article 1595, en effet, il y aura une vente faite par la communauté à la femme, et dès lors un droit de mutation à payer au moment de cette vente.

Enfin, dans cette opinion, la raison d'être de la double déclaration exigée par l'article 1435 se comprend parfaitement. Ce système amène donc, nous le répétons, à des conséquences très équitables.

Cette rétroactivité relative s'explique, disent MM. Aubry et Rau, elle ne se comprendrait pas si la déclaration de remploi devait être assimilée à une offre ordinaire de cession ou de dation en paiement. Mais on aurait tort de vouloir appliquer les règles du droit commun à l'opération dont s'occupe l'article 1435, opération d'une nature complexe et toute particulière; la déclaration de remploi qui en forme un des éléments n'est pas une offre de cession proprement dite, mais une proposition de substituer la femme au bénéfice de l'acquisition, et par cela même que l'article 1435 autorise cette proposition comme telle, il conduit nécessairement à reconnaître que l'acceptation rétroagit au jour même de l'acquisition.

M. Mourlon (*Revue prat.* III, pages 49 et suiv.) est arrivé aux mêmes conclusions. Toutefois il base son système sur des considérations particulières, et il conclut pour sa part à la nécessité d'une seule transcription, si bien que d'après lui l'acceptation de la femme survenant postérieurement à l'acquisition, n'aurait pas besoin d'être transcrite (1). D'après lui, le mari en acquérant et en faisant les déclarations prescrites par l'article 1435, agit comme s'il achetait avec déclaration de command, sauf que ici dès le principe, il a désigné la personne qui lui sera subrogée. Donc les choses se passeront, à supposer que la femme accepte, comme si elle avait directement acheté elle-même, la personne du mari s'effacera, la femme restera seule en cause. Mais la déclaration de command ne lie en aucune façon l'acheteur qui se l'est réservée, et ainsi elle reste révocable même après que l'acheteur a désigné la personne qu'il entend

(1) Guillaud, II, page 51 *in fine*.

mettre en son lieu et place, tant que la personne désignée n'a pas accepté l'offre de subrogation qui lui est faite.

M. Labbé (*Revue prat.*, IV, pages 54 et suiv.) a victorieusement réfuté cette façon d'interpréter l'acte du mari, il a montré que les principes de la déclaration de command ne sont pas applicables dans l'espèce, et que même si on les appliquait, on n'arriverait pas à la conclusion indiquée. En effet, ce qui caractérise la déclaration de command, c'est la faculté pour l'acquéreur de déclarer après coup celui pour qui le contrat a été formé, et c'est toujours par une suite forcée du secret, que la faculté de déclarer command entraîne des infractions aux principes du mandat et de la gestion d'affaires.

« Supprimez l'ignorance prolongée après la conclusion du contrat, et la révélation tardive du nom de la personne appelée à en recueillir le bénéfice, vous faites disparaître tout ce que la faculté de command a de particulier, et vous retombez sous la loi de la gestion pour autrui, avec ou sans mandat. » Or, dans le cas de l'article 1435, le mari a déclaré au moment de l'acquisition qu'il achetait pour sa femme. Les situations ne sont donc pas les mêmes.

La façon dont la jurisprudence interprète l'acte du mari nous semble bien difficile à soutenir au point de vue juridique. Nous croyons que ce système est surtout né des besoins de la pratique; car il est certain que le premier système amène à des conséquences très défavorables pour la femme, et d'autre part le troisième, celui que nous allons exposer, à le tort de sacrifier les intérêts des tiers; ce sont ces inconvénients qui ont donné naissance à cette opinion intermédiaire. Mais au point de vue des textes, il est presque impossible de justifier la différence que l'on veut établir entre

l'offre de dation en paiement et l'offre de subrogation.

Pourquoi si l'offre du mari est rétroactive entre les époux, ne l'est-elle pas à l'égard des tiers, ou plutôt, pourquoi ne pas repousser complètement cette rétroactivité partielle, s'il y a là qu'une offre faite par le mari à la femme ? Le premier système est plus logique à ce point de vue. Il est en effet un principe certain, c'est que le contrat n'existe qu'autant qu'il y a concours de volontés, c'est-à-dire qu'autant que la femme accepte, et cette acceptation ne peut avoir d'effet rétroactif si le mari a agi pour lui-même, si en acquérant l'immeuble, il s'est contenté de proposer à la femme de la subroger dans les effets de cette acquisition.

« La rétroactivité reconnue à l'acceptation de la
« femme, suppose nécessairement que le mari a fait
« l'acquisition pour celle-ci ; or, s'il a acquis pour sa
« femme, il n'a pas acquis pour lui-même, si ce n'est
« subsidiairement et pour le cas de refus de la femme.
« Donc, il ne peut disposer d'une chose qui ne lui ap-
« partient pas. Que si au contraire le mari a fait l'achat
« pour lui-même et en son nom, s'il dépend aussi
« bien de la volonté du mari de ne pas subroger sa
« femme, que de la volonté de la femme de ne pas
« être subrogée, si la propriété ne doit passer à la
« femme qu'à la condition d'un concours de volonté
« entre le mari et la femme, au moment où cette der-
« nière acceptera la subrogation, c'est que la femme
« acquiert de son mari, c'est que le mari a été pro-
« priétaire jusqu'au consentement des époux sur la
« sous aliénation. »

Il nous semble particulièrement impossible de justifier la différence que l'on établit entre les hypothèques consenties de plein droit par le mari, et les hypothèques légales ou judiciaires qui pourront frapper le bien

pendant l'intervalle de l'acquisition à l'acceptation. Si les premières sont valablement constituées, comment repousser les autres, alors que leurs titulaires sont des créanciers que la loi juge d'une faveur toute spéciale. Ce système amène a des anomalies inexplicables, et même il ne protège qu'imparfaitement dans les tiers.

Nous arrivons donc au troisième système, celui de la rétroactivité absolue, qui a été soutenu par M. Labbé, dans la *Revue pratique* (*loc. cit.*) (1).

Le remploi effectué dans les conditions prescrites par l'article 1435 remonte au jour même de la vente, non seulement à l'égard du mari, mais aussi à l'égard des tiers, quels qu'ils soient. Le mari, en faisant l'opération prévue par 1435, est un véritable *negotiorum gestor*, il agit pour la femme, dans l'intérêt de celle-ci, et du moment qu'elle ratifie l'acte passé, on doit appliquer le principe : *Ratihabitio mandato æquiparatur*. Le mari s'efface alors, et un rapport direct s'établit entre la femme et le vendeur avec lequel elle est réputée avoir contracté par l'intermédiaire de son mari. C'est donc du vendeur lui-même que la femme tient l'immeuble, et son droit de propriété remonte au jour du contrat.

Les conséquences auxquelles amène cette opinion sont opposées à celles des deux premiers systèmes :

1° L'acceptation de la femme ayant un effet rétroactif, l'immeuble est réputé n'avoir jamais été conquet, et le mari n'a pas pu le grever de droits réels ;

2° Il n'y a lieu qu'à une seule mutation de propriété, et par conséquent la régie ne pourra percevoir qu'un seul droit de mutation et qu'un droit de transcription ;

(1) M. Colmet de Santerre, VI, n° 79 *bis*, XIII ; Laurent, XXI, n° 371 ; De Folleville, I, n° 237, 242.

3° Enfin la double déclaration prescrite par 1435 doit être forcément concomitante à l'acte d'acquisition.

Ce système peut invoquer en sa faveur des arguments juridiques très solides et une tradition constante, ses adversaires eux-mêmes le reconnaissent. Nous disons d'abord qu'il a pour lui l'autorité de la tradition. Pothier l'a consacré dans son traité de la communauté, n° 200. « En attendant, dit-il, le consentement de la femme, la déclaration faite par le mari dans le contrat d'acquisition, que l'héritage est acquis pour tenir lieu des propres de la femme, tient en suspens l'état et la qualité de l'héritage. Si la femme ratifie et consent cette déclaration, la ratification ayant un effet rétroactif suivant la règle de droit *ratihabitio mandato æquiparatur*, l'héritage sera censé avoir été, dès l'instant de son acquisition, acquis pour tenir lieu de remploi à la femme, et avoir toujours été en conséquence propre de la femme par subrogation. »

De même aussi d'Aguesseau (1). « La ratification de la femme a un effet rétroactif au temps de l'acte, s'il en est ainsi par rapport à celui qui gère seulement les affaires d'autrui, à plus forte raison à l'égard du mari qui est censé le procureur de la femme. »

Les travaux préparatoires du Code ne nous offrent pas sur la question des renseignements très précis. M. Tronchet semble, il est vrai, s'être prononcé pour la non-rétroactivité de l'acceptation, mais le rapporteur au Conseil d'État et au Corps législatif, Berlier, s'exprimait ainsi :

« Si la femme ne peut se prévaloir de la déclaration

(1) D'Aguesseau, 27^e plaidoyer, éd. Pardessus, II, p. 464.

« de son mari que sauf le droit d'autrui, le remploi
« ne lui offre pas plus d'avantages que l'action ordi-
« naire pour ses reprises, qu'elle peut exercer sur cet
« immeuble, comme sur tous les autres. »

Du reste notre question en elle-même, ne fut pas agitée au moment de la rédaction du Code, et tous les arguments que l'on peut chercher dans les travaux préparatoires, sont tirés de la discussion d'une autre question qui fut vivement débattue : celle de savoir si l'acceptation de la femme pouvait intervenir après la dissolution du mariage.

Le système de la rétroactivité, rend parfaitement compte de l'utilité des déclarations exigées par le Code, en matière de remploi ; lorsque le mari veut effectuer un remploi pour sa femme, la double déclaration qu'il doit faire en achetant le bien, ne peut se comprendre que comme étant un moyen de prévenir les tiers, de les avertir que du jour même de l'acquisition, le mari n'a plus sur ce bien qu'un droit éventuel subordonné au parti que la femme prendra. Il est en outre rationnel de voir dans l'acte du mari, une gestion d'affaires, car tous les éléments de cette opération se retrouvent dans l'espèce.

A ce système, on a fait cependant plusieurs objections. On lui a d'abord reproché de méconnaître les droits des tiers, mais le reproche ne nous paraît pas bien grave, puisqu'en définitive, les tiers seront prévenus par la double déclaration faite au moment de l'acquisition ; ils n'auront donc qu'à se tenir sur leurs gardes.

D'autre part, a-t-on ajouté, il résulte de ce système que toutes les mauvaises chances de l'acquisition seront pour le mari, tandis que toutes les éventualités heureuses qui pourront se réaliser, profiteront à la

femme. Mais n'est-ce pas là une conséquence naturelle de l'opération du remploi, et n'est-elle pas en quelque sorte forcée, puisque la loi accorde à la femme un droit d'option? Du reste, cette situation dans laquelle va se trouver le mari pendant la période intermédiaire, est une conséquence nécessaire de la gestion d'affaires. Le gérant d'affaires n'a pas d'action pour forcer le maître à accepter l'opération qu'il a faite, et cependant tant que le maître n'aura pas déclaré vouloir ou non profiter de l'acquisition, le gérant ne pourra en disposer pour son compte. (1)

Enfin, MM. Aubry et Rau déclarent que notre système confond la destination que le mari entend donner à l'immeuble par lui acheté, avec l'acquisition même de cet immeuble, qui forme l'objet principal du contrat. — Mais si nous confondons les deux idées, c'est qu'elles nous paraissent inséparables dans l'opération dont il s'agit, car en déclarant qu'il achetait pour procurer un remploi à sa femme, le mari a bien montré qu'il n'avait pas l'intention d'acquérir pour lui.

En résumé, nous concluons de cette trop longue discussion, que l'acceptation de la femme aura un effet rétroactif, absolu, tant à l'égard des tiers qu'à l'égard du mari.

Telle est donc la nature de l'acceptation de la femme, c'est une ratification; nous allons voir maintenant quels effets spéciaux elle produit.

L'acceptation consomme l'opération de l'emploi ou du remploi. Sous le régime de communauté, le bien prend définitivement la qualité de propre, sous le

(1) M. Labbé. *Ratification des actes d'un gérant d'affaires*, loc. cit.

régime dotal, il devient dotal ou paraphernal suivant la nature des valeurs dont il s'agit (1).

Les textes ne parlent pas des effets de l'acceptation de la femme, nous l'avons considérée comme une ratification de l'acte accompli par le mari, nous appliquerons donc les règles ordinaires de la ratification, *ratihabitio mandato æquiparatur*.

Par conséquent, la femme ne pourra plus poursuivre son mari en responsabilité, même si le emploi ne présentait pas toute l'utilité nécessaire, même si le mari avait une faute à se reprocher. Elle ne pourrait le poursuivre qu'autant qu'il aurait usé de dol pour la décider à accepter.

De même aussi, cette acceptation libérera définitivement les tiers qui ne pourront plus être recherchés.

Telles sont les conséquences auxquelles nous arrivons, et ces conséquences s'appliqueront certainement, quand il s'agira du régime de communauté. Mais en sera-t-il de même sous le régime dotal? Ici nous croyons que les règles spéciales à ce régime doivent nous conduire à une autre solution. La femme dotale ne peut faire aucun acte de nature à porter atteinte, directement ou indirectement à la conservation de sa dot. Or, s'il lui était permis de ratifier pendant le mariage un emploi inutile ou insuffisant, il y aurait là un moyen détourné de dissiper sa dot, et d'aliéner les immeubles qui la composent; cela ne peut pas être.

(1) Rappelons à ce sujet, à propos du régime dotal, une distinction que nous avons déjà indiquée plus haut. S'il s'agit du emploi d'un immeuble dotal aliéné, le nouvel immeuble devient dotal, mais il est aliénable sous la même condition que le premier, c'est-à-dire sous la condition de emploi.

Au contraire, s'il s'agit d'emploi de deniers dotaux, le bien acquis devient dotal et inaliénable.

Les principes de la gestion d'affaires doivent ici céder le pas, et nous disons que sous le régime dotal, l'acceptation de l'emploi ou du remploi agira surtout dans l'avenir, mais que pour le passé, elle laissera subsister entièrement la responsabilité du mari et des tiers. Par conséquent si le remploi est reconnu plus tard n'être pas suffisant, la femme conservera son recours contre le mari et contre les tiers, malgré son acceptation.

Nos anciens auteurs ne s'entendaient pas bien sur les effets qu'il fallait donner à l'acceptation de la femme, et dans les pays coutumiers, on discutait en ce qui concerne le régime de communauté pour le cas où le remploi avait eu lieu en rentes, et où ces rentes étaient devenues caduques à la dissolution de la communauté. Duplessis et Lebrun (*de la Communauté*, livre III, ch. 2, sect. 1, n° 84) admettaient que dans ce cas, le mari restait responsable, même après l'acceptation de la femme. Mais Pothier était d'avis contraire, et soutenait que la femme ayant donné son consentement à l'acte ne pouvait plus être reçue à le critiquer.

Conséquences du défaut d'acceptation.

Il reste maintenant à nous demander ce que deviendra le bien acquis lorsque la femme refusera de le prendre pour son compte, et quelle sera la situation du mari et des tiers.

Sous le régime de la communauté nous avons déjà dit que le bien deviendrait un bien commun; et que la femme aurait un droit de récompense à exercer.

Sous le régime dotal, le bien restera propre au

mari. S'il s'agit de remploi, sous ce régime, on pourrait être tenté tout d'abord de dire que la non acceptation empêche le remploi de s'exécuter, et par suite que l'aliénation manque d'une des conditions nécessaires à sa validité, et qu'elle doit tomber. Mais cette solution serait évidemment injuste, il ne peut dépendre du caprice de la femme de faire annuler la vente sans motif sérieux. Par conséquent si l'immeuble qui avait été acquis en remploi présentait les garanties nécessaires, la vente subsistera, le tiers acquéreur sera définitivement libéré, ainsi que le mari, et la femme n'aura qu'un droit de créance contre son mari.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de Cassation du 12 Juin 1865; Dal., 65, 1, 444.

III. — En quels biens doivent se faire l'emploi et le remploi.

La question à laquelle nous arrivons est importante, elle soulève de nombreuses difficultés qui proviennent de ce que dans la plupart des cas, les contrats de mariage, tout en prescrivant l'emploi ou le remploi, sont muets sur la nature des biens qui doivent être acquis, ou ne les déterminent que d'une façon bien incomplète.

Nous distinguerons ici entre les différents régimes. Nous prenons d'abord le cas où les époux sont mariés sous le régime de communauté. Nous n'avons pas à établir de sous-distinction entre la clause d'emploi et celle de remploi.

I. — Régime de Communauté.

Et d'abord lorsque la clause indiquera quelle espèce de biens il faut acquérir, on se conformera aux dispositions énoncées dans cette clause. En effet, les parties sont complètement libres, elles peuvent choisir telle ou telle catégorie de meubles ou d'immeubles. On devra suivre les indications du contrat de mariage sous peine de nullité de l'emploi ou du remploi. Ainsi les époux pourront stipuler dans la clause, que le remploi se fera en immeubles de même nature que ceux aliénés, ou bien en meubles d'une espèce déterminée, par exemple en valeurs industrielles, en fonds d'État, ou en placements hypothécaires. Cela ne saurait faire de doutes, les époux peuvent aliéner leurs biens comme ils le jugent à propos, rien ne les obligeait à stipuler la garantie de l'emploi ou du remploi, et ils peuvent la restreindre à leur gré.

Si au contraire, comme cela arrivera souvent, le contrat de mariage ne dit rien sur la nature des biens à acquérir, dans ce cas, l'emploi et le remploi se feront ordinairement en immeubles. Mais il nous semble qu'ils pourraient également se faire en meubles, par exemple en achat de valeurs industrielles nominatives. En effet ces meubles corps certains resteraient propres à la femme, le mari n'en aurait pas la disposition et par conséquent le but de la clause serait atteint.

Supposons enfin que la clause insérée au contrat de mariage déclare que le remploi ou l'emploi devront être effectués en acquisitions d'immeubles. C'est là en effet le cas ordinaire, etc'est celui que nous voulons plus

spécialement envisager. L'emploi ou le remploi devront alors être effectués en immeubles présentant toutes les garanties nécessaires, et le mari devra veiller à ce qu'il n'existe aucune cause d'éviction sur le bien qu'il acquiert.

Le mari ne remplirait pas les obligations qui lui incombent, si en présence d'une pareille clause, il achetait des meubles, ou offrait à la femme de lui procurer un placement hypothécaire. Celle-ci aurait certainement le droit de refuser un pareil remploi, et de poursuivre le mari pour inexécution de la clause, elle pourrait également se retourner contre les tiers qui se seraient contentés de ce remploi, dans les cas exceptionnels où ils sont tenus sous le régime de communauté de surveiller l'opération.

Donc le mari devra acheter des immeubles, et en principe des immeubles par nature. En effet seule, cette classe d'immeubles présentera les conditions de garantie, de sécurité auxquelles la femme peut prétendre.

Il ne suffirait donc pas d'acquérir un droit d'usufruit, ou un droit immobilier tel qu'une action en revendication, ou en rescision. Cela ne peut faire de doutes.

Le décret du 16 janvier 1808 a donné naissance à une nouvelle classe d'immeubles, dits immeubles par la détermination de la loi. Il a en effet permis d'immobiliser sous certaines conditions, les actions de la Banque de France. Le mari pourrait acquérir de semblables valeurs, car elles sont réputées offrir des garanties aussi sérieuses que les immeubles ordinaires. La Cour de Caen l'a décidé par un arrêt du 8 mai 1848.

La loi du 2 juillet 1862, dans son article 46, a créé à

son tour de nouveaux immeubles, en permettant l'immobilisation facultative de la rente 3 0/0. Elle a déclaré que dans le cas où le remploi était autorisé par le contrat de mariage, les acquisitions nouvelles pourraient se faire non-seulement en immeubles mais en rentes 3 0/0 de la dette française, à moins de clause contraire.

L'article 29 de la loi de finances du 16 septembre 1871 a étendu cette faculté aux rentes françaises de toute nature, enfin la loi du 11 juin 1878, art. 3, a déclaré que les rentes 3 0/0 amortissables qui venaient d'être créées, jouiraient des mêmes avantages.

Ainsi, lorsque le contrat de mariage stipulera que le remploi devra s'effectuer en immeubles, le mari pourra valablement placer les deniers en acquisitions de rentes sur l'Etat. Dans ce cas, l'affectation spéciale de ces rentes sera indiquée par l'immatricule au grand livre de la dette publique.

Mais la loi de 1862 ne donne cette faculté qu'autant qu'il n'y aura pas eu *clause contraire*.

Ces deux lois de 1862 et de 1871 ont donné lieu à plusieurs questions.

La première, qui a été bien souvent portée devant les tribunaux, consistait à savoir s'il fallait reconnaître à ces lois un effet rétroactif, nous n'en dirons qu'un mot.

Quant à la seconde, elle est beaucoup plus importante, c'est celle de savoir ce qu'il faut entendre par les mots *clause contraire* (1).

(1) Avant la loi de 1862, les auteurs discutaient la question de savoir si le remploi pouvait se faire en rentes sur l'Etat, quand le contrat de mariage avait prescrit de faire le remploi en immeubles. Il est certain que la négative était l'opinion la plus rationnelle.

Et d'abord, relativement à la première, de nombreux arrêts ont décidé que ces lois s'appliquaient même aux remplois opérés en exécution des clauses de contrats de mariage antérieurs à la date de leur promulgation (1).

En effet, ce sont des lois interprétatives de la législation existante, plutôt que des lois édictant des mesures nouvelles. De plus, le texte même autorise cette solution, car l'article 46 de la loi de 1862 dit : Les sommes dont le remploi *est* prescrit, *peuvent* être employées..... Il montre bien que la loi doit s'appliquer aux remplois prescrits au moment de sa promulgation.

La seconde question, celle de savoir quand il y aura clause contraire, est plus délicate. Pour la résoudre, il faudra s'inspirer des termes employés et de l'intention probable des époux. On peut poser à ce sujet le principe suivant : Toutes les fois que le contrat de mariage portera que le remploi devra avoir lieu en immeubles, et ne désignera pas restrictivement la classe même d'immeubles qui doivent être acquis en remploi, le placement en rentes sur l'État sera permis et inattaquable.

La jurisprudence se montre en général très disposée à restreindre les clauses qui excluent l'application de la loi de 1862, et elle semble même être allée un peu loin dans cette voie. Ainsi elle décide que si le contrat de mariage stipule que le remploi devra se faire en immeubles de même nature, il ne faut pas voir là une clause interdisant le placement en rentes sur l'État (Caen, 8 janvier 1872, S., 72, 2, 49). La Cour de Paris en

(1) Paris, 27 mars 1863 ; S., 63, 2, 179. — Grenoble, 24 juillet 1874 ; Dal., 75, 2, 136. — Rouen, 30 mai 1877 ; Dal., 78, 2, 24. — Aix, 23 mai 1866 ; S., 66, 2, 324.

a décidé ainsi, par arrêt du 27 mars 1863, S., 63, 2, 179, dans l'espèce suivante : Le contrat de mariage portait que les immeubles seraient aliénables à charge de remployer les sommes en provenant, en acquisitions d'autres immeubles de même valeur et revenus, jusqu'à concurrence des quatre cinquièmes ; le surplus, un-cinquième, pouvait seul être employé en rentes sur l'État.

Dans cette espèce, la Cour de Paris décida que le remploi en rentes sur l'État, pouvait s'appliquer à la totalité des sommes à remployer, considérant, disait-elle, que si le contrat de mariage des appelants prescrivait le remploi en immeubles pour la totalité du prix d'aliénation des biens, la loi du 2 juillet serait incontestablement applicable.

Il y a là une exagération certaine, cet arrêt ne tient pas compte de la volonté des parties, qui avaient formellement témoigné de leur intention de n'acquérir en rentes que pour un cinquième.

Nous croyons qu'il vaudrait mieux repousser les placements en rentes, quand le contrat porte que le remploi devra se faire en immeubles de même nature (1). Enfin, il est certain que l'acquisition de

(1) Cette jurisprudence qui tend à restreindre les cas où il y a clause contraire, au sens de la loi de 1862, s'est établie d'une façon assez rationnelle. Les premiers arrêts rendus sur tous ces points statuaient au sujet de contrats antérieurs à la loi de 1862. Or, ces contrats ne pouvaient pas prévoir le placement en rentes sur l'État, et tout ce que les époux avaient voulu témoigner en déclarant que le remploi se ferait en immeubles par nature, c'est qu'ils ne voulaient pas d'immeubles par destination, ou de droits immobiliers. On comprend très bien que la loi créant une nouvelle classe d'immeubles qui présente toutes les garanties nécessaires, les époux se seraient contentés d'un tel remploi, s'ils l'avaient cru possible. En tous cas au moins, ils ne l'ont pas exclu formellement. Ainsi en ce qui concerne les contrats antérieurs, il est assez naturel de dire, qu'il n'y aura clause contraire que si les époux ont désigné spéciale-

rentes sur l'état ne suffirait pas, dans le cas où le contrat de mariage ordonnerait le remploi en immeubles ruraux, ou en biens situés dans tel ou tel arrondissement. L'intention des parties apparaît alors bien clairement. (Rouen, 18 janvier 1870, S., 72, 2, 5).

En résumé, il y a là une question d'interprétation qui tombe sous l'appréciation souveraine des juges du fait, dont la décision à cet égard, échappe à la censure de la Cour de cassation.

Dans tous les cas, le remploi doit avoir lieu en biens suffisants, libres de tous droits réels.

Le mari devra veiller à ce qu'il n'existe aucune cause d'éviction, par exemple aucun privilège, aucune hypothèque sur les immeubles qu'il acquiert, ou bien il devra avoir soin d'opérer la purge. Une espèce s'est présentée en particulier plusieurs fois devant les tribunaux. C'est le cas où une femme acquiert en remploi des immeubles grevés du privilège des copartageants. Les tribunaux ont décidé qu'il y avait dans l'existence de cette charge une cause d'éviction et qu'un tel remploi devait être annulé.

Enfin le mari pourrait offrir comme remploi à la femme, de lui céder un immeuble de la communauté ou un bien qui lui appartient à lui-même en propre. En effet l'article 1595. 2° prévoit précisément notre hypothèse, et valide dans ce cas la cession entre époux. La jurisprudence interprète assez rigoureusement cet article 1595. 2°.

ment certains immeubles, ou ont exclu expressément les rentes.

Mais cette jurisprudence ne se justifie plus pour les contrats postérieurs à la loi de 1862, et les parties en exigeant que le remploi se fasse en immeubles par nature, nous paraissent avoir suffisamment témoigné de leur intention d'exclure le remploi en rentes sur l'Etat.

D'après son système, pour que la vente faite par le mari à la femme soit valable, il faut deux conditions. Il faut d'abord que la vente ait une cause légitime, par exemple l'existence d'une obligation du mari envers la femme. Il faut en outre que cette obligation soit exigible, c'est-à-dire que la femme ait le droit d'agir immédiatement. Dans notre hypothèse, ces deux conditions se trouvent réunies.

Cette façon d'interpréter l'article 1595 ajoute au texte, qui ne parle que de la première condition, la légitimité de la vente, et non de l'exigibilité de la créance. Le système de la jurisprudence amène à cette conséquence peu rationnelle, d'interdire la vente entre époux quand il s'agit de remploi facultatif. C'est ce qu'a décidé un récent arrêt de Cassation du 11 juillet 1888 (*Pand. franç., périod.*, 89, 1, 28). Voir aussi : Cassat. 15 juin 1881, S., 83, 1, 473; Bordeaux, 15 février 1882, S., 84, 2, 27; Douai, 10 novembre 1880, S., 83, 2, 253.

Et même si on poussait la doctrine de jurisprudence jusqu'à ses dernières conséquences, il faudrait décider que la cession faite par le mari à sa femme ne serait pas possible, dans les cas où la clause de remploi insérée au contrat de mariage peut être considérée comme n'étant qu'un simple rappel des dispositions des articles 1434 et 1435 (1).

Lorsque le mari cédera à la femme un bien commun ou un bien propre, il faudra qu'il accompagne cette vente d'une déclaration constatant que l'aliénation est faite pour tenir lieu de remploi à la femme.

Nous avons déjà dit plus haut que la femme deviendra alors ayant cause directe soit du mari, soit de la communauté.

(1) Voir dans notre sens, un arrêt du tribunal de Lyon du 15 avril 1885. (La loi, 26 juin 1885.)

II. — Régime dotal.

De même que sous le régime de communauté, il faut tout d'abord suivre les énonciations du contrat de mariage, mais il est à remarquer que sous notre régime les parties jouiront d'une bien moins grande liberté. Le principe est ici l'inaliénabilité des biens, et toute acquisition en remploi qui ne sera pas rigoureusement conforme à la clause pourra être annulée. Les tiers devront faire preuve d'une grande circonspection.

D'autre part, il faut tenir compte de l'article 1543, d'après lequel, la dot ne peut être constituée ni augmentée durant le mariage. Disons immédiatement que la clause devra s'interpréter plus rigoureusement en ce qui touche le remploi que l'emploi.

Nous allons étudier séparément les deux hypothèses.

A. — *Clause d'emploi sous le Régime dotal*

Si le contrat s'est exprimé clairement et a indiqué quelle espèce de biens devait être acquise, on se conformera à ces indications. Les époux sont libres de stipuler que l'opération se fera en telle classe de biens, meubles ou immeubles, qu'ils le jugeront convenable.

Mais supposons que le contrat de mariage se contente de prescrire l'emploi, sans rien dire sur les biens qui devront remplacer les deniers dotaux. Les

époux seront-ils libres dans leur choix, pourront-ils employer ces deniers en acquisitions de meubles ou en placements hypothécaires ; ou bien au contraire l'emploi devra-t-il être dans tous les cas effectué en acquisitions d'immeubles ? C'est un point controversé, les textes font absolument défaut, et nous devons nous inspirer surtout de l'intention des parties. Or cette intention, comme nous l'avons dit bien souvent, a été d'enlever au mari la disposition des deniers dotaux, d'assurer la conservation et la restitution de la dot.

Un placement en meubles présentera-t-il ces caractères ?

Nous ne le croyons pas, car bien que la Cour de Cassation admette d'une manière incontestable aujourd'hui l'inaliénabilité de la dot mobilière, elle ne l'admet qu'au regard de la femme, et elle reconnaît au mari le droit d'en disposer librement. Donc, un placement en meubles ne remplirait pas le but que les constituants de la dot ou la femme elle-même ont eu en vue ; le mari aurait le droit d'aliéner le meuble qu'il aurait acheté, et la femme se trouverait réduite à une créance contre lui.

C'est là du reste l'opinion de la majorité des auteurs ; M. Benech est toutefois d'un avis contraire, mais il n'apporte aucun argument à l'appui de sa thèse.

Il reste bien entendu que l'emploi pourrait se faire en rentes sur l'Etat.

B. — De la clause de remploi sous le régime dotal

Ici, les tiers qui d'après le droit commun sont responsables de l'exécution du remploi, devront prendre de grandes précautions et ne payer qu'autant que le

mari se sera bien conformé à la clause du contrat de mariage.

L'acquisition devra forcément être faite en immeubles, puisque ce sont des immeubles qu'il s'agit de remplacer, et en immeubles par nature (1).

Notre ancien droit se montrait même très rigoureux sur ce point, on était allé jusqu'à se demander si le remploi pouvait être fait en achat de maisons, ou s'il ne fallait pas nécessairement qu'il eût lieu en fonds de terre (2).

Dans le silence du contrat de mariage, les immeubles acquis devront être de même nature, autant que possible, que les immeubles aliénés, cependant les époux pourront valablement acquérir soit des actions de la Banque de France immobilisées, soit des rentes sur l'État, sauf lorsqu'il y aura clause contraire. Sur ce point, nous n'avons qu'à nous référer à ce que nous avons dit sous le régime de communauté.

Les immeubles achetés, devront être, bien entendu, suffisants et libres de toute hypothèque, et surtout ils ne devront être sujets à aucune cause d'éviction. La Cour de cassation a fait plusieurs fois l'application de cette idée. Ainsi sera nul le remploi fait avec des immeubles attribués dans un partage d'ascendant, à l'un des copartageants. (Rouen 20 Décembre 1873 S., 75, 2, 334). C'est que le partage d'ascendant est susceptible

(1) Il est bien entendu que la clause pourrait autoriser le remploi en meubles, ou en placements hypothécaires. Les époux en agissant ainsi ne feraient qu'user de la liberté que leur reconnaît l'article 1387 ; mais dans le silence du contrat, de telles acquisitions seraient insuffisantes, elles modifieraient la nature de la dot. (Cas.-at., 12 décembre 1833, S., 34, 1, 201 ; Toulouse, 7 août 1834, S., 34, 2, 587.)

(2) Toutefois un arrêt du parlement de Toulouse du 3 Mars 1763. (Laviguerie, *Arrêts inédits du parlem. de Toulouse*, p. 367 et suiv.) permit d'opérer le remploi en acquisitions de maisons.

d'être annulé pour cause de survenance d'enfants ; donc tant que vit l'ascendant, il y a un risque d'éviction, et le remploi ne présente pas les garanties nécessaires. Un remploi ainsi exécuté ne deviendra définitivement valable que par la mort de l'ascendant.

De même, la Cour de Cassation a décidé que le remploi opéré était insuffisant dans l'espèce suivante : (Cassat., 3 avril 1883, S., 84, 1, 285).

Une femme mariée sous le régime dotal, s'était constituée ses biens en dot avec réserve de les échanger et aliéner à charge de remploi sur immeubles libres et suffisants. Cette femme ayant partagé plus tard avec sa sœur la succession de sa mère, avait reçu comme part un immeuble d'une valeur de 3,000 fr., et sa sœur un autre immeuble de 5,000 fr.

Postérieurement, la femme dotale convint d'échanger son immeuble contre celui que sa sœur avait reçu en partage, moyennant obligation de payer à cette dernière une soulte de 2,000 fr. Cette soulte était garantie par le privilège des copartageants. Elle ne fut pas payée par la femme dotale, et l'immeuble qu'elle avait ainsi acquis par échange fut saisi et vendu. La femme dotale réclama son immeuble comme ayant été indûment aliéné, et la Cour de Cassation fit droit à sa demande, en reconnaissant que la condition de remploi n'était point observée, car l'obligation de payer la soulte garantie par un privilège qui affectait l'immeuble reçu en contre échange, mettait la femme dans un péril d'éviction (1).

Les tribunaux ont également jugé que lorsque la clause prescrit d'employer le prix en acquisitions d'immeubles, la femme ne pourrait pas être autorisée à

(1) Dans le même sens, Cass. 12 mai 1840, S., 40, 1, 668.

l'employer en constructions sur un immeuble dotal. (Poitiers, 14 août 1876 ; Dal., 78, 2, 117.)

Ici comme sous le régime de communauté, le mari pourra céder un de ses immeubles propres en remploi à sa femme. Il est en effet certain d'après les termes de l'art. 1595, 2°, que cet article s'applique aussi bien au régime dotal qu'au régime de communauté.

Mais ne pourrait-on pas dire qu'un tel remploi est préjudiciable à la femme, en ce qu'il lui enlève un gage qui garantit le remboursement de ses autres créances, puisque l'immeuble que le mari lui cédera, est déjà grevé de l'hypothèque légale ? M. Benech, qui s'est posé la difficulté (n° 90 page 209) la résout par une distinction. Si la femme n'a pas de reprises paraphernales, ou d'autres reprises dotales, que celle qui résulte pour elle de l'aliénation de l'immeuble dotal dont il s'agit de remplacer le prix, le mari, dit-il, pourra faire la cession, la femme échangera son droit d'hypothèque contre un droit de propriété.

Mais si la femme a d'autres créances garanties par l'hypothèque légale qui grève l'immeuble, la cession ne sera plus possible, car elle préjudicierait à la femme (Rouen, 3 mars 1841 ; Dal., 42, 2, 141). Cette distinction est très juste.

Le remploi ne pourrait pas, croyons-nous, se faire en biens paraphernaux de la femme. L'espèce s'est présentée devant la Cour de Caen (6 mars 1848, Dal., 49, 2, 32) : Une femme mariée sous le régime dotal, désirant toucher le prix d'un de ses immeubles dotaux aliénés, proposait comme remploi aux acquéreurs, de rendre dotal un immeuble qui, d'après son contrat de mariage, lui appartenait comme bien paraphernal. — Il n'est pas possible de voir dans cette opération un rem-

ploi sérieux et une exécution de la clause insérée au contrat de mariage. D'une part, en effet, la femme étant propriétaire de ce bien, ne peut pas se le vendre à elle-même, et d'autre part, il y a là un moyen détourné de mobiliser un de ses immeubles, de se procurer de l'argent, en un mot de toucher les deniers dotaux, sans exécuter la clause, car tel serait le résultat final de l'opération.

La femme n'aurait rien de plus dans son patrimoine, sa fortune ne serait pas augmentée, et elle aurait à sa disposition une somme d'argent qu'elle pourrait dissiper. Aussi la Cour de Caen repoussa-t-elle une pareille prétention.

Nous venons de voir comment, en principe, le remploi devra être effectué; il arrivera souvent dans la pratique que les époux n'agiront pas ainsi. Par exemple, un immeuble dotal a été stipulé aliénable sous condition de remploi, mais au moment où les époux l'aliènent, ils sont dans une situation difficile, il y a des dettes antérieures au mariage à payer (1558), et ils voudraient employer le prix de l'immeuble à se libérer; ou bien encore ils désireraient acquérir en retour une rente viagère et augmenter ainsi leurs revenus. Sous le régime de communauté, les époux pourraient agir ainsi, car ils sont libres de disposer de leurs biens comme ils l'entendent. Mais sous le régime dotal, nous croyons que les tiers devraient se refuser à verser le prix, car il n'y a pas alors véritablement exécution de la clause du contrat de mariage. Cependant le premier de ces deux cas, celui où les époux veulent employer le prix de l'immeuble à payer leurs dettes, est très fréquent en Normandie, et voici à cet effet comment on agit : Après avoir vendu le bien dotal, les époux se pourvoient auprès du tribunal et

demandent l'autorisation d'employer le prix aux lieu et place des remplacements voulus par le contrat de mariage. L'autorisation étant obtenue, l'acquéreur se refuse au paiement en se fondant sur ce qu'il n'y peut être contraint par un jugement sur requête. Le débat devient alors contradictoire et le tribunal condamne l'acquéreur au paiement (1).

De même aussi, dans le deuxième cas, celui où les époux désireraient acquérir une rente, cette opération peut être très avantageuse pour eux, mais elle ne nous paraît pas possible, car elle serait contraire au contrat de mariage, elle permettrait de modifier la dot, sous des conditions autres que celles prévues par les époux, lors de leur mariage.

Du reste, le Code a prévu l'aliénation de l'immeuble dotal pour cause d'aliments, de même aussi pour le paiement des dettes, et il l'a soumise à des règles spéciales ; la vente doit avoir lieu avec permission de justice, aux enchères et après trois affiches. Si les époux avaient le droit d'arriver à ce résultat au moyen d'une vente amiable, sans aucune forme, ils violeraient la loi. Les tiers auront donc toujours le droit dans ces hypothèses de refuser de payer leur prix.

Cependant plusieurs arrêts ont sanctionné ces modes de remploi qui nous paraissent imparfaits. (Rouen, 19 août 1852, S., 56, 2, 129 ; Riom, 7 mars 1880 ; Dal., 81, 2, 3 ; Paris, 18 juin 1875 ; Dal., 77, 2, 223.)

De même aussi, la Cour de Lyon a jugé le 22 mars 1888 (*Moniteur de Lyon*, du 23 mai 1888) que les époux qui emploient le prix de vente d'une portion de l'immeuble de la femme, au paiement des dépenses de grosses

(1) Troplong, *Contrat de mar.*, IV, n° 3425.

réparations et d'agrandissement de cet immeuble, font un remploi régulier.

Remarquons bien que s'il s'agissait d'emploi et non plus de remploi, les placements dont nous parlons seraient suffisants, dans les cas où la clause n'aurait pas ordonné de faire l'emploi en un genre de biens particulier. (Aix, 23 juillet 1883 (la loi, année 1883, n° 235.)

III. — Régime sans communauté et régime de séparation de biens

En ce qui concerne ces deux régimes, nous n'avons qu'à renvoyer à ce que nous avons dit à propos du régime de communauté, les mêmes règles seront applicables.

Appendice. — Il nous reste maintenant à poser quelques règles relatives à la valeur et à l'étendue du bien acquis en exécution de nos clauses.

L'emploi et le remploi pourront se faire en une ou plusieurs acquisitions, mais quelle que soit la façon dont ils seront exécutés, ils devront comprendre tout ce que le mari aura retiré de l'aliénation, c'est-à-dire le prix, et en outre, les pots de vin, épingles, etc., et s'il s'agit d'un emploi, la totalité de la somme formée par les deniers qui font l'objet de la clause.

A ce dernier point de vue, l'hypothèse suivante s'est quelquefois présentée dans la pratique : les époux en se mariant décident qu'il sera fait emploi des deniers dotaux en acquisitions d'obligations nominatives. L'emploi est effectué, mais plus tard les obligations ainsi acquises sortent au tirage au sort et sont remboursées aux époux avec prime, c'est-à-dire à un taux

supérieur au taux d'acquisition, si bien qu'il y a pour eux, réalisation d'un bénéfice. Il faut que les époux fassent un nouvel emploi de ces deniers; devront-ils employer non seulement la somme primitivement indiquée au contrat de mariage, mais aussi ce qu'ils ont gagné par suite du remboursement? La jurisprudence décide que le remploi doit s'appliquer à la totalité de la somme, car disent-ils, les primes de remboursements représentent, non pas une portion d'intérêt accumulés, mais une fraction du capital (1).

Le tribunal de la Seine a jugé dans le même sens par arrêt du 6 mars 1884 (*Gazette du Pal.*, 1884. 2, *Supplément*, 92).

Pour apprécier la valeur du bien acheté, on se placera au moment de l'acquisition, les détériorations fortuites qui pourraient survenir postérieurement, ne sont pas imputables au mari, mais la femme garde toujours le droit dans ce cas, de refuser le remploi, si elle n'a pas encore pris parti.

Il se peut que l'immeuble acheté soit d'une valeur supérieure à la somme qu'il s'agit d'employer ou de remployer. Que devra-t-on alors décider?

Et d'abord, sous le régime dotal il est bien certain que l'immeuble ne deviendra dotal que jusqu'à concurrence de la somme qui devait être employée ou

(1) Cassat., 14 mars 1877, S., 78. I, 5; Paris, 13 avril 1878, S., 78. 2, 134, sur ce dernier arrêt, remarquons qu'il a été rendu dans une espèce où les époux étaient mariés sous le régime de communauté d'acquêts. Il s'agissait d'obligations d'une compagnie de chemins de fer. La compagnie refusait de payer parce que les époux offraient seulement d'acquiescer en remploi un nombre d'obligations égal au nombre de celles qui avaient été remboursées, sans tenir compte de la prime. Dans l'espèce, il est certain que la prétention de la compagnie était insoutenable puisqu'il s'agissait de régime de communauté, et qu'en outre le contrat de mariage, avait soin de dire : que les tiers n'auraient pas à se constituer juges de la validité du remploi.

remployée, en effet l'article 1543 est formel, il décide que la dotne peut être augmentée pendant le mariage.

Pour le surplus, l'immeuble deviendra paraphernal, puisque l'immeuble a été acheté au nom de la femme, sans qu'il y ait à s'inquiéter du point de savoir si le surplus du prix a été payé par le mari avec ses deniers. Cette solution résulte de ce que la loi *Quintus Mucius* n'existe plus dans notre législation (1).

Elle est confirmée par la jurisprudence et la majorité des auteurs (note de M. Labbé, S., 88, 1, 145 ; Aix, 10 juillet 1862, S., 63, 2, 9 ; Agen, 3 janvier 1882, S., 83, 2, 223.)

Que si au régime dotal, se trouvait jointe une société d'acquets, l'immeuble tomberait pour le surplus dans la communauté. Nous avons déjà établi ce point dans le chapitre précédent.

Que faudra-t-il décider si les époux sont mariés sous le régime de communauté ? L'ancien droit déclarait que dans ce cas, l'immeuble devenait propre, jusqu'à concurrence du prix pour lequel l'héritage propre avait été vendu, et conquet de communauté pour le surplus, à moins toutefois que la différence entre les deux valeurs ne fut que peu considérable (Pothier, *de la Commun.*, n° 198.)

De nos jours plusieurs opinions ont été successivement présentées. D'après les uns, si le caractère de remploi prédomine dans l'acte, l'immeuble sera propre pour le tout, même si la différence de valeur est assez importante.

Dans le cas où au contraire la différence est telle qu'il en résulte que les époux ont voulu faire un pro-

(1) La loi *Quintus Mucius* (51, D., *de Donat. inter vir. et ux.*) décidait que toute acquisition faite par la femme mariée était réputée jusqu'à preuve contraire faite des deniers du mari.

pre, aux dépens de la communauté, l'immeuble entier deviendrait conquêt de communauté (1).

D'après d'autres auteurs (2), l'immeuble serait toujours propre pour le tout.

Enfin une troisième opinion qui est la plus généralement adoptée, s'en réfère au système suivi par Pothier dans notre ancien droit. C'est ce dernier système qui nous paraît le plus rationnel.

IV. — Quand l'emploi ou le remploi peuvent-ils être exécutés ?

Si le contrat de mariage ne fixe pas de délai, le remploi ou l'emploi pourront se faire pendant toute la durée du mariage. S'il y a un délai fixé par la clause, en principe, l'opération devra être effectuée dans le délai indiqué, mais elle pourra encore l'être même après ce délai, car tant que le mariage dure, le remploi ou l'emploi conservent leur utilité.

Seulement, à partir de l'expiration du délai, la femme pourra poursuivre le mari ou effectuer elle-même le remploi.

Après la dissolution du mariage, le mari n'a plus qualité pour faire l'emploi ou le remploi, le droit de la femme se trouve définitivement converti en un droit de créance contre lui. Nous nous contentons de poser le principe, nous étudierons au chapitre suivant quels sont les droits de la femme après la dissolution.

Ordinairement l'emploi ou le remploi ne se feront qu'après que les biens à remployer auront été aliénés

(1) Guillouard, II n^{os} 466 et 512.

(2) M. Colmet de Santerre, VI, n^o 79 *bis*, XIX.

par les époux, ou que les sommes d'argent dues à la femme seront devenues exigibles. Mais ne pourraient-ils être effectués par anticipation ? On comprend facilement quel est l'intérêt de cette question. Les époux doivent toucher des deniers que le contrat de mariage les oblige à remployer, ou bien ils ont l'intention de vendre prochainement un immeuble dont il doit être fait emploi. Or, ils trouvent aujourd'hui même à acquérir un bien qui remplit toutes les conditions nécessaires, qui offre toutes les garanties désirables, et qui constituerait un placement très avantageux. Le mari pourra-t-il profiter de cette occasion qui se présente et acheter l'immeuble, en déclarant qu'il le paiera avec le prix d'un bien de la femme, qui sera postérieurement aliéné ?

Cette question a donné lieu à de vives controverses, elle était déjà discutée dans notre ancien Droit. L'affirmative est aujourd'hui admise sans contestation par la doctrine et par la jurisprudence ; on reconnaît que cette manière de procéder n'est pas autorisée par le Code, et qu'elle n'est pas très régulière, mais on la valide parce qu'elle présente de grands avantages pour les époux (Cassat., 14 mars 1879, S., 79, 1, 17 ; Cassat., 6 janvier 1858, S., 58, 1, 273).

Mais qu'arrivera-t-il s'il n'y a pas ensuite aliénation du bien ou paiement des deniers par celui qui les doit ?

Dans ce cas, il faut décider qu'il n'y a eu en réalité, ni emploi ni remploi ; par conséquent, il faut traiter l'acquisition comme une acquisition à titre onéreux faite pendant le mariage. Donc s'il s'agit de communauté, le bien tombera dans l'actif commun, et si le mari en a payé le prix avec des deniers à lui propres, il aura droit à une récompense.

Sous le régime dotal, l'immeuble ayant été acheté

au nom de la femme, deviendra un bien paraphernal sans qu'il y ait à s'inquiéter du point de savoir avec quels deniers il a été payé. (Paris, 29 Nov. 1858, S., 59, 2, 5 ; Cass., 23 Nov. 1826, S., 27, 1, 270.)

V.— Frais de l'emploi et du remploi

Il reste à nous demander à la charge de qui seront les frais de l'acquisition en emploi ou en remploi.

Si la femme n'accepte pas l'acquisition faite par le mari, les frais resteront à la charge de celui-ci ; si elle accepte l'acquisition, il est tout naturel qu'elle supporte les droits et les frais qu'entraîne le contrat, puisqu'elle devient propriétaire du bien acheté. La jurisprudence l'a plusieurs fois décidé. (Nismes, 13 nov. 1872, S., 73, 2, 103 ; Besançon, 29 juillet 1871 ; Dal., 73, 5, 397, Cass. 16 novembre, 1859. Dal., 59, 1, 490.)

Quelques arrêts anciens avaient cependant admis une autre opinion, en se fondant sur cette idée que la femme ne doit pas dépenser sa fortune en frais de contrat et de procédure, qu'autrement elle finirait après plusieurs ventes successives, par ne rien conserver du tout. Le danger redouté ici, paraît bien peu probable, il ne saurait en tous cas justifier une dérogation au droit commun. Il suffit du reste, d'ajouter que le nouveau bien acquis doit être réputé offrir bien plus d'avantages que l'ancien, sinon on n'aurait pas vendu le premier.

La femme aura donc à payer les frais d'acquisition et les droits d'enregistrement. Quels seront ces droits d'enregistrement ? Il faut distinguer. S'agit-il du régime dotal, dans ce cas, que l'immeuble appartienne

au mari ou à un tiers, elle devra payer un droit proportionnel de mutation pour l'acquisition qu'elle réalise, et un droit de transcription.

Nous avons vu qu'en ce qui touche son acceptation, lorsqu'elle intervient postérieurement, il n'y a pas une deuxième translation de propriété, elle ne paiera donc à ce moment qu'un droit fixe.

Il en sera de même sous le régime sans communauté, et sous le régime de séparation de biens.

S'il s'agit du régime de communauté, les mêmes règles s'appliqueront si le bien acquis en remploi appartenait en propre au mari ou à un étranger. Mais si c'est un bien qui faisait partie de la communauté, dans ce cas la régie ne perçoit aucun droit. C'est une solution très favorable, car il est certain qu'elle pourrait percevoir un droit de mutation sur la moitié du bien.

Nous avons ainsi complètement étudié la façon dont les clauses d'emploi et de remploi doivent être exécutées, et les conséquences qui découlent de leur exécution.

Il reste à nous demander ce qui arrivera lorsque nos clauses n'auront pas été observées, ou que les conditions exigées n'auront pas été remplies.

CHAPITRE V

Des conséquences de l'inexécution des clauses d'emploi et de remploi

Nous supposons que le mari ne s'est pas conformé aux clauses du contrat de mariage, il a touché les deniers ou aliéné les biens sans faire l'acquisition prescrite en retour, ou du moins, l'acquisition qu'il a faite est insuffisante. Il a donc engagé sa responsabilité.

Quels seront alors les droits de la femme, comment pourra-t-elle parer aux dangers qui la menacent et obtenir la réalisation de l'emploi et du remploi ? Aura-t-elle une action contre les tiers, dans les cas où ceux-ci devaient surveiller le remploi ou l'emploi, et quelle sera la nature de cette action ?

Telles sont les différentes questions qui se présentent tout naturellement. Nous allons distinguer suivant que le mariage dure encore ou qu'il est dissous, car la situation différera ; dans le premier cas la femme peut espérer encore que l'emploi ou le remploi seront réalisés, dans le second, il ne peut s'agir pour elle que de recours.

I. — Pendant le mariage

Nous avons déjà vu au chapitre IV, en étudiant les effets de nos clauses, à quelles obligations le mari est tenu. Sous le régime de communauté, s'il n'exécute pas l'emploi ou le remploi nous avons dit que dans certains cas la femme aurait le droit d'agir contre lui. Quel sera le résultat de cette action? Ce ne sera pas certainement d'obliger le mari à exécuter le remploi, car il s'agit ici d'une obligation de faire, et d'après l'article 1142 *nemo potest cogi ad factum*. Mais cette action aura pour résultat de contraindre le mari à consigner le prix, afin qu'il ne puisse le dissiper.

La femme pourrait aussi demander à exécuter elle-même le remploi ou l'emploi et se faire autoriser en justice à cet effet.

Si les immeubles du mari étaient vendus à la requête de ses créanciers, la femme aurait bien entendu le droit de se faire colloquer sur le prix, jusqu'à concurrence de la valeur dont il devait être fait emploi ou remploi.

Sous le régime dotal, la femme aurait également le droit de poursuivre son mari pendant le mariage pour l'obliger à consigner le prix.

De même encore elle pourrait, même avant la séparation de biens, se faire colloquer sur le prix des immeubles du mari vendus à la requête de ses créanciers. On avait d'abord essayé de refuser ce droit à la femme dotale (Grenier, I, p. 562 n° 260), mais c'est une opinion abandonnée. (Troplong, *Privil. et hyp.*, n° 623; Cassat., 3 Mai 1853; Dal, 53, 1, 137.)

Remarquons que cette collocation, sous le régime dotal, ne serait que provisoire, que la femme pourrait l'abandonner à la dissolution du mariage ou même avant et poursuivre les tiers, car la femme ne peut pas, durant le mariage ratifier l'aliénation du fonds dotal. Ceci ne s'applique qu'au remploi et non à l'emploi.

Mais faut-il reconnaître à la femme un droit encore plus étendu, et pourrait-elle en présence de l'inaction du mari, de son mauvais vouloir, agir en séparation de biens, afin de reprendre l'administration de sa fortune et d'opérer elle-même le remploi?

Quel que soit le régime matrimonial des époux, nous croyons qu'il faut répondre négativement. L'article 1443 a énuméré les cas dans lesquels la séparation de biens peut être demandée; la réunion des conditions qu'il exige, est indispensable pour que la demande soit accueillie. Tout au plus peut-on dire, que le défaut d'emploi ou de remploi constituera un des éléments dont les juges pourront tenir compte, mais à lui seul, il ne sera pas une cause suffisante pour justifier la séparation de biens.

Telle était la solution donnée par nos anciens auteurs (1).

Il nous faut étudier maintenant quels sont les droits que la femme pourra avoir contre les tiers, dans les cas où étant responsables de l'exécution des clauses, ils ont payé entre les mains du mari sans surveiller l'emploi ou le remploi.

Prenons le cas où cela arrivera le plus fréquemment, le cas du remploi. Le tiers acquéreur de l'immeuble

(1) Renusson, *Traité de la Communauté*, page 306. — Pothier, *de la Communauté*, n° 6, 50. Contra Toullier, XIII, pages 52, 53.

aliéné a payé entre les mains du mari sans exiger un remploi valable et suffisant.

Nous supposons que nous sommes pendant le mariage. Il faut distinguer suivant le régime matrimonial des époux.

Nous traitons d'abord la question sous le régime dotal, car c'est sous ce régime qu'elle se présentera le plus souvent, puisque de droit commun, la clause de remploi y est opposable au tiers.

RÉGIME DOTAL.

Il faut refuser à la femme le droit de poursuivre les tiers pendant le mariage, l'article 1549 donne au mari *seul* le droit d'exercer les actions pendant le mariage, et d'autre part l'article 1560 décide que si le fonds dotal a été indûment aliéné, la femme ou ses héritiers ne pourront faire révoquer l'aliénation qu'après la séparation de biens ou la dissolution du mariage.

M. Benech qui admet cette théorie et refuse à la femme le droit d'agir *durante matrimonio*, se fonde cependant sur un autre motif ; c'est que, dit-il, le remploi peut toujours être effectué jusqu'à la dissolution du mariage. Mais cette raison nous paraît insuffisante, nous avons en effet décidé que du jour où le tiers a payé son prix entre les mains du mari, sans exiger le remploi, l'action en nullité est née ; que si plus tard, le remploi est opéré, l'action disparaît, l'aliénation, est validée, mais jusque-là elle est atteinte d'un vice qui peut la faire annuler. Ce n'est donc pas sur cette dernière raison que l'on peut se fonder pour refuser à la femme le droit d'agir, mais bien sur les principes généraux du régime dotal.

Mais si la femme ne peut pas poursuivre les tiers, faut-il en dire autant du mari, ou bien au contraire, n'aura-t-il pas le droit de demander au nom de sa femme la nullité de l'aliénation, conformément à l'article 1560 ?

La question est vivement discutée, et malgré les termes généraux de cet article 1560, beaucoup d'auteurs refusent de reconnaître au mari le droit d'intenter l'action en nullité (1).

Le mari est en faute, disent-ils, il est même plus en faute que le tiers, il lui doit garantie, donc il ne peut pas l'évincer; *quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio*. Sans doute, ajoute-t-on, l'article 1560 déroge à ce principe, mais l'hypothèse qu'il prévoit est bien différente de notre cas; il suppose une aliénation indûment faite par les époux, et par conséquent une aliénation nulle, d'une nullité absolue que rien ne peut couvrir; ici, au contraire, l'aliénation est sans doute imparfaite, elle n'est pas conforme aux clauses du contrat de mariage, mais rien n'empêche que le mari ne la valide postérieurement par l'exécution du remploi, et ne fasse ainsi disparaître la cause de nullité.

Ces raisons nous semblent insuffisantes pour permettre d'écarter la disposition de l'article 1560, dont les termes sont formels.

Le principe *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio* n'a rien à faire ici, puisque l'article 1560 y apporte une dérogation, plus apparente du reste que réelle. En effet, le mari agira non pas en son nom propre, mais au nom et comme administra-

(1) Benech, n° 106. — Aubry et Rau, V., page 582, dern. édit. — Merlin, *Rép.*, V°, *Remploi*, § 6, n° 22. — Tessier, *De la Dot*, I, page 443. — Massé et Veigé, IV, § 670, note 41, page 242. — Grenoble, 28 juillet 1865, S., 66, 2, 137.

teur des biens de la femme, et le tiers aura certainement ensuite un recours sur les biens du mari ; donc le principe n'est pas violé. Il peut être en outre très utile d'intenter cette action pendant le mariage ; la femme aura ainsi le grand avantage soit de recouvrer son bien immédiatement, soit d'obtenir une indemnité qui pourrait plus tard lui faire défaut. Remarquons aussi que ce résultat n'a rien d'injusté, car le tiers est en faute, il devait surveiller le remploi, il a eu tort de payer sans l'exiger.

Nous n'hésitons donc pas à reconnaître au mari le droit d'intenter l'action en nullité *durante matrimonio*.

On objecte encore que dans notre espèce, l'aliénation n'est pas nulle d'une nullité absolue, définitive, mais il n'en est pas moins certain que du moment où le prix a été payé sans qu'il y ait remploi, l'action en nullité est née, par conséquent elle doit pouvoir être exercée.

La Cour de Grenoble a cependant décidé en sens contraire, par arrêt du 28 juillet 1865, S., 66, 2, 137 ; nous pouvons remarquer que dans l'espèce il s'agissait non pas de remploi, mais d'emploi, et que la clause du contrat de mariage était ainsi conçue : « Le mari ne recouvrera les capitaux qu'à la charge d'en faire emploi. » Cette clause, d'après notre doctrine, n'était pas opposable aux tiers, et cela seul suffisait pour faire repousser l'action. Mais ce n'est pas sur cette considération que se fonde l'arrêt, il invoque le principe *quem de evictione*, etc....

En matière d'emploi, nous donnerons la même solution, toutes les fois que la clause sera opposable aux tiers.

Quel sera le résultat de l'action intentée par le mari,

pourra-t-il exiger la restitution de l'immeuble, ou bien au contraire l'acquéreur ne sera-t-il pas libre de reprendre l'immeuble et d'arrêter l'action en offrant de payer une seconde fois le prix, à charge d'un emploi valable et régulier ?

Nous ne voyons pas comment le mari pourrait écarter cette prétention de l'acquéreur, la nullité peut être couverte et la vente ratifiée, tant que dure le mariage ; le emploi est toujours susceptible d'être exécuté et par conséquent il y aurait mauvaise foi de la part du mari à vouloir reprendre l'immeuble lui-même ; il devra accepter la proposition du tiers. Le tiers acquéreur offre de réparer la faute qu'il a commise, on ne peut pas lui demander plus, ni lui refuser le droit de conserver son acquisition, puisqu'il efface le vice dont elle était affectée.

Le tiers qui aura ainsi payé une deuxième fois le prix de l'immeuble qu'il a acheté, aura le droit de se retourner contre le mari et de le poursuivre sur ses biens personnels.

Il en résulte que le mari usera rarement du droit d'action que lui confère l'article 1560, puisqu'il ne pourra obtenir par cette action qu'une somme d'argent qu'il devra lui-même restituer aux tiers. Toutefois, il sera quelquefois utile d'agir ainsi ; supposons, par exemple, que le mari soit insolvable, en agissant contre le tiers, il pourra recouvrer la valeur de l'immeuble dotal, et le recours que le tiers exercera ensuite contre lui sera illusoire.

On voit par là combien est précaire la situation de l'acquéreur qui a payé sans exiger le emploi. Aussi, on s'est demandé s'il ne fallait pas lui permettre de revenir le premier sur la faute qu'il a commise, et de réclamer la restitution du prix qu'il a indû-

ment payé, ou du moins d'en exiger la consignation. Nous pensons qu'il faut lui reconnaître ce droit; le paiement qu'il a fait n'est pas libératoire, puisque le mari n'avait capacité pour recevoir le prix qu'à la condition de faire le remploi. Par conséquent, les deniers ont été payés indûment et le tiers pourrait les répéter, ou les faire consigner (1).

Mais nous refusons au tiers acquéreur le droit d'intenter lui même l'action en nullité de l'aliénation. En effet, l'article 1560 ne lui donne pas ce droit, il ne permet qu'au mari d'intenter l'action en nullité pendant le mariage.

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Telle est la situation sous le régime dotal, pendant la durée du mariage, jusqu'à la séparation de biens. En sera-t-il de même sous le régime de communauté ?

Pour que la question se pose ici, il faut supposer que les époux ont eu soin dans leur contrat de mariage, de déclarer formellement que les tiers seraient responsables du défaut d'emploi ou de remploi.

Dans ces hypothèses, il est certain que les tiers peuvent être poursuivis, puisqu'il n'ont pas rempli l'obligation dont ils étaient tenus.

Mais l'action ne sera plus la même que sous le régime dotal, ce ne sera plus en effet une action en nullité de l'aliénation. Les époux ne peuvent pas réclamer le bien vendu, il ne peuvent exiger qu'une chose, un nouveau paiement du prix. En effet l'aliénation faite est définitive, irrévocable; du jour où elle

(1) Rodière et Pont, (éd. 1869) III n° 1707.

est intervenue la propriété a été acquise au tiers acquéreur. Mais le tiers acquéreur n'a pas accompli les obligations qui lui incombent, et la femme peut intenter contre lui l'action fondée sur l'inexécution des conditions (1184.) C'est un point que nous développerons au paragraphe suivant. Remarquons seulement que tant que dure le mariage, le tiers peut arrêter l'action que la femme intente contre lui en offrant de payer de nouveau le prix. Nous l'avons déjà décidé quand il s'agissait de régime dotal, il en doit être de même ici.

La femme commune pourra-t-elle intenter cette action elle-même pendant la durée du mariage, ou devra-t-elle, de même que si elle était mariée sous le régime dotal, attendre la dissolution ?

Ici nous n'avons plus de texte qui décide que pendant le mariage, le mari a seul l'exercice des actions, mais on pourrait craindre que l'action de la femme contre le tiers ne troublât la bonne harmonie du ménage, car le tiers poursuivi se retournerait contre le mari et intenterait contre lui une action récursoire pour obtenir une indemnité. N'est-ce pas pour prévenir de tels recours que l'article 2256-2° décide que la prescription est suspendue pendant le mariage, dans tous les cas où l'action de la femme réfléchirait contre le mari ?

Néanmoins ces raisons nous semblent insuffisantes pour refuser à la femme un droit qu'aucun texte ne lui enlève expressément ; l'article 2256 n'a qu'un but, empêcher que le droit de la femme ne se trouve compromis, mais voilà tout, il n'implique pas pour elle interdiction d'agir. Du reste, elle peut avoir un intérêt sérieux à poursuivre immédiatement le tiers, si elle redoute son insolvabilité.

Cette action troublera peut-être la bonne entente qui

doit régner entre les époux, mais ce n'est pas un motif suffisant; il y a un intérêt primordial à sauvegarder, il faut avant tout sauver la dot de la femme. Nous croyons donc que la femme pourra agir même pendant le mariage contre le tiers acquéreur qui a imprudemment versé son prix entre les mains du mari. Mais, nous le répétons, cette action ne pourra avoir pour résultat que d'obtenir que ce tiers paye de nouveau, ou plutôt offre de payer sous condition qu'il sera fait remploi bon et valable. Cela se comprend du reste, puisque tant que dure le mariage, le remploi est possible, et ce tiers en offrant son prix, répare tout le préjudice qui a été causé à la femme. On ne peut rien lui demander de plus.

De même, le mari pourra aussi poursuivre le tiers acquéreur au nom de sa femme. Il n'y a pas à invoquer ici le principe *quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio*, puisque le mari agit d'après l'article 1428 au nom et comme administrateur des biens de la femme; cette action du mari contre le tiers, ne se comprendra que rarement, puisqu'il devra indemniser à son tour l'acquéreur, cependant elle aurait sa raison d'être dans le cas où le mari serait insolvable.

Tels sont les moyens que la femme aura à sa disposition pendant le mariage, quand elle sera mariée sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal.

Remarquons que s'il s'agit sous le régime dotal du remploi des paraphernaux, tout ce que nous avons dit à propos du régime de communauté, devra s'appliquer.

Les tiers ne seront en effet responsables qu'except-

tionnellement, et l'action que la femme pourra intenter contre eux, sera l'action fondée sur l'article 1184. Elle pourra l'intenter certainement avant la dissolution, puisque l'article 1576 lui donne l'administration de ses paraphernaux.

Enfin il faudra encore appliquer les mêmes règles si les époux sont mariés sous le régime sans communauté ou sous le régime de séparation de biens.

Remarquons en terminant que nous avons supposé à propos du régime de communauté, une clause de remploi stipulant expressément que les tiers devraient veiller à l'exécution du remploi. Nous savons qu'une pareille clause n'entraîne pas inaliénabilité des biens. Si les époux avaient déclaré dans leur contrat que les biens propres de la femme seraient inaliénables sauf remploi, il faudrait alors appliquer le principe que nous avons posé au sujet du remploi des biens dotaux.

II. — Après la séparation de biens ou la dissolution du mariage.

I. — RÉGIME DOTAL.

A partir de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage, la femme reprend l'exercice de ses actions, (1560) et elle a le choix soit d'agir contre le mari et de lui réclamer la réparation du préjudice que lui a causé la vente de son immeuble, soit d'intenter contre le tiers une action en nullité de l'aliénation.

Que la femme ait le choix entre ces deux moyens, on n'en doute plus aujourd'hui; il est certain qu'elle

peut poursuivre le mari, car l'article 2135 lui accorde le droit à une indemnité contre son mari, pour le remploi de ses propres aliénés.

Supposons d'abord qu'elle agisse contre son mari. Celui-ci devra réparer tout le préjudice que la femme a éprouvé par suite de l'aliénation du bien dotal, s'il s'agit de remploi, ou par suite de la perte des deniers dotaux qu'il a touchés sans en faire l'emploi prescrit.

Il devra, disons-nous, réparation complète du préjudice causé; par conséquent il faudra qu'il restitue à la femme le prix entier de l'immeuble qu'il a aliéné, ou la totalité des sommes dotales qu'il a reçues. Mais son obligation s'arrêtera-t-elle là? La Jurisprudence va plus loin, et plusieurs fois les tribunaux ont décidé que le mari pouvait être condamné à réparer le préjudice causé à la femme par ce fait que sa dot était restée mobilière au lieu de devenir immobilière, et qu'il fallait tenir compte de la plus value qu'un remploi en immeubles eut assurée à la femme. (Caen, 5 Mars 1860; Cassat. 27 Mai 1861, S., 61, 1, 335, Toulouse, 5 Février 1870; Dal, 72, 2, 54, S., 71, 2, 113.)

Cette solution est très rationnelle, la femme exprime suffisamment sa volonté de profiter de tous les avantages dont le droit de propriété est susceptible, lorsqu'en conférant au mari le pouvoir de vendre les biens qu'elle s'est constitués en dot, elle y ajoute la condition qu'il emploiera le prix à provenir de leur aliénation en acquisitions d'autres immeubles qui seront faites en son nom, et que ces immeubles lui seront dotaux. De plus l'article 1149 autorise bien cette solution.

A quelle époque devra-t-on se placer pour apprécier cette plus-value?

Les arrêts décident que c'est au moment même de la

dissolution du mariage et non à une autre époque. MM. Demolombe et Carrel en donnaient deux motifs déterminants dans une consultation relative à l'arrêt de la Cour de Caen, cité ci-dessus :

1° C'est pour le moment de la dissolution du mariage, qui est celui de la restitution de la dot, que la femme a stipulé soit pour la conservation, soit pour l'augmentation de la dot.

2° A partir de la dissolution du mariage, la femme, en recouvrant sa pleine liberté d'action, est devenue elle-même responsable de sa négligence. Quand l'autorité maritale a disparu, la femme qui rentre dans le droit commun pour la jouissance de ses droits, y rentre aussi nécessairement pour les conditions qui sont imposées à leur exercice. Plus d'incapacité, plus de privilège; c'est donc à l'époque où la femme a pu réclamer, que son droit s'est trouvé fixé.

Cette action que la femme pourra exercer contre le mari est sanctionnée par son hypothèque légale, c'est ce que nous dit l'article 2135, 2°, 3° alinéa. D'après cet article l'hypothèque légale prendra rang dans ce cas, à compter du jour de la vente.

Que s'il s'agit non plus du prix d'un immeuble aliéné, mais de sommes dotales constituées en dot à la femme et dont l'emploi n'a pas été fait, l'article 2135-2°, premier alinéa, décide que l'hypothèque légale prendra rang à compter du jour du mariage. Dans ce cas, en effet, le droit de la femme est né du jour même du mariage, et c'est de ce jour que le mari est devenu responsable de ces deniers. Si la clause s'applique à des sommes provenant de successions ou donations, l'hypothèque prendra rang du jour de l'ouverture des successions, ou du jour que les donations ont eu leur effet.

Lorsqu'il s'agit de remploi, on a vivement discuté, et on a voulu soutenir que l'hypothèque légale destinée à garantir la créance de la femme devait prendre rang, non pas au jour de l'aliénation, mais au jour même du mariage. La disposition de l'article 2135-2°, 3° al., dit-on, n'est applicable qu'au régime de communauté et au remploi des propres de la femme aliénés par le mari. « Quand le mari a vendu le fonds dotal, il a violé la loi du contrat de mariage qui rend le bien dotal inaliénable, il encourt la responsabilité qu'il avait promise dès l'instant du contrat de mariage. » L'hypothèque grevait tout son avoir, bien avant la vente du fonds dotal, cette aliénation ne produit donc pas l'hypothèque, elle n'est que l'événement qui force la femme à en user (1).

L'article 2135, ajoute-t-on, confère une hypothèque légale à la femme pour raison de sa dot et de ses conventions matrimoniales, il ne distingue point entre la dot mobilière et la dot immobilière, le mot dot y est employé dans le sens le plus général, sans aucune limitation; les conventions matrimoniales sont toutes les stipulations rédigées par écrit avant le mariage, et sous la foi desquelles le mariage a été contracté. Or si la faculté de déroger à l'article 1554 est une convention matrimoniale sans laquelle le mari et la femme n'eussent pu aliéner le bien dotal, l'obligation de donner remploi est une obligation corrélatrice à cette faculté, une condition inséparable de la concession accordée; cette convention matrimoniale impose au mari le devoir de faire opérer ce remploi, et l'inexécution de cette condition se transforme nécessairement en une créance sur le mari, qui a sa

(1) Tessier, *de la Dot*, II, n° 134. — Troplong., *Privil. et hyp.*, n° 625. — Benech, page 249.

cause dans les conventions matrimoniales. On dit enfin que c'était là l'opinion admise dans notre ancien droit, et que la Coutume de Normandie article 539 accordait à la femme, récompense du juste prix de sa dot aliénée, du jour du contrat de mariage.

La jurisprudence a depuis longtemps consacré cette opinion (1).

En 1851, à propos de la discussion de la loi sur le régime hypothécaire, le projet soumis à l'Assemblée législative contenait un article, dont la rédaction était la reproduction exacte de l'article 2135. M. Rouher proposa d'ajouter, que dans le cas où les immeubles dotaux auraient été aliénés, la femme n'aurait hypothèque que du jour de l'aliénation. Mais cet amendement fut abandonné et on s'en remit à la jurisprudence du soin d'interpréter les contrats :

Pour nous, il nous semble bien difficile d'admettre l'opinion de la jurisprudence, et nous croyons impossible de ne pas appliquer le 3^me alinéa de 2135 2°. Cet article ne distingue pas entre la femme commune et la femme dotale, et rien ne prouve, que les mots propres aliénés soient ici pris dans un sens restrictif. Mais c'est surtout dans la pensée du législateur que nous croyons trouver un argument décisif, cette pensée a été que l'hypothèque légale ne prendrait rang que du jour où il y aurait une créance, au moins en germe, cela résulte clairement des travaux préparatoires. Or, à quel moment naît la créance en cas d'aliénation d'immeubles ? C'est au moment de l'alié-

(1). Cassat., 27 juillet 1826, S., 27, I, 246. — Cass., 16 mai 1865, S., 65, I, 345. — Toulouse, 12 juillet 1860, S., 60, 2, 545. — Nismes, 28 janvier 1879, S., 79, 2, 263; Dal., 83, 2, 127. — Lyon, 30 juin 1886, *Pand. fr.*, 87, 2, 39. — Toutefois, on peut citer en sens contraire: Caen, 7 juillet 1851, S., 52, 2, 92. — Cass., 21 avril 1869, S., 69, I, 350. — Grenoble, 23 novembre 1870, S., 71, 2, 12.

nation. Les partisans de la première opinion répondent que cette créance remonte au jour du mariage, parce que la dot est une charge qui grève le mari dès l'instant du mariage; l'aliénation est un acte de gestion du mari, gestion qu'il tient du contrat de mariage.

Ce point de vue est inexact, autant dire alors que l'hypothèque légale prendra toujours rang à partir du mariage. Nous ne voyons pas du reste, pourquoi on n'appliquerait pas au régime de la communauté et surtout au régime sans communauté ce que l'on dit du régime dotal. Sous ces deux régimes, le mari est au-si chargé de l'administration des biens de sa femme, on peut dire que l'aliénation qu'il opère est un acte de gestion, et qu'à ce titre l'hypothèque légale doit prendre rang au jour du mariage.

Le premier système a enfin un grave inconvénient; il entraîne des résultats pratiques très dangereux pour les tiers, car il permet la fraude. Basnage le faisait déjà remarquer à propos de la coutume de Normandie.

L'opinion que nous avons soutenue est défendue par MM. Aubry et Rau; cependant, ils y apportent un tempérament et décident que l'hypothèque prendra rang au jour du mariage, dans le cas où le contrat de mariage aura conféré au mari le pouvoir de vendre les immeubles dotaux sans le concours de la femme et à charge de remploi. En effet, il s'agit dans ce cas d'un acte auquel la femme n'a pu s'opposer, et en raison duquel elle doit jouir de la garantie de son hypothèque légale dans toute son étendue.

Remarque. — Il arrive quelquefois, sous le régime dotal, que la clause prescrivant le remploi donne le

droit d'aliéner non pas au mari, mais à la femme elle-même, pourvu qu'elle soit autorisée (Cass., 20 juin 1853, journal *Palais*, 54, II, 327 ; Lyon, 30 janvier 1886, *Pand. fr.*, 87, 2, 39).

Cela ne modifiera en rien la responsabilité du mari et les droits de la femme contre lui. En effet, le mari est toujours administrateur de la dot, il doit à ce titre exécuter l'emploi ou le remploi du jour où il reçoit les deniers, et s'il ne le fait pas il est en faute, la femme peut le poursuivre.

Action de la femme contre les tiers. — La femme dotale a également une action contre les tiers, et si elle le préfère, elle pourra les poursuivre sans inquiéter son mari.

Cette action appartiendra certainement à la femme à partir de la séparation de biens, puisque à partir de cette époque, elle reprend l'administration, l'article 1549 ne s'oppose donc plus à la poursuite. Telle était du reste la solution déjà donnée dans notre ancien droit (1).

Seule, la Cour de Grenoble avait d'abord nié de nos jours le droit pour la femme de poursuivre les tiers, et avait voulu la réduire à une action hypothécaire sur les biens de son mari. (Grenoble, 17 déc. 1835, S. 36. 2, 307). Mais c'est une opinion qui a été rejetée.

On a quelquefois essayé de soutenir que cette action ne devrait être que subsidiaire, et que la femme ne pourrait poursuivre les tiers qu'après avoir discuté les biens du mari. Il en était ainsi, dit-on, dans notre ancien droit (2), et l'article 540 de la coutume de Normandie décidait que la femme ne pouvait agir contre l'acqué-

(1) Argou, *Institutes de droit français*, II, p. 187.

(2) Salviat., v^o dot., I., 408.

reur ou le débiteur, que dans le cas d'insolvabilité ou d'insuffisance des biens du mari. C'est surtout quand il s'agit d'emploi que cette opinion a rencontré des défenseurs. Quel intérêt, disent-ils, la femme peut-elle avoir à inquiéter les tiers, si la somme payée est toujours dans le patrimoine de son mari ; à quoi bon un circuit d'actions pour aller prendre dans la main des tiers ce que les tiers iront ensuite prendre dans la main du mari ? (1).

On peut répondre que le paiement fait par le tiers n'a pas été libératoire, et que par conséquent, il laisse subsister l'obligation. Le mari n'avait capacité de recevoir qu'à charge de faire emploi, la condition n'a pas été accomplie, le tiers n'est pas libéré, et la femme peut le poursuivre en paiement. C'est l'application du droit commun, pour la forcer à agir préalablement sur les biens de son mari, il faudrait un texte qui n'existe pas. (Rouen, 7 Avril 1886 Dal. 88, 2, 45).

L'arrêt que nous citons, consacre ce système en excellents termes :

« Attendu que le mari n'ayant capacité de recevoir
« qu'à la charge de faire emploi, le paiement qu'a fait
« le débiteur de la dot sans que la condition d'emploi
« ait été accomplie, ne l'a pas libéré, qu'il reste donc
« débiteur comme s'il n'avait pas payé, que son obli-
« gation subsistant, l'action de la femme, par cela
« même, subsiste toute entière intacte, que par suite
« son action est principale, et ne peut être considérée
« comme subsidiaire, puisqu'elle n'a en face d'elle
« qu'un seul débiteur. »

La femme pourra donc poursuivre les tiers, sans que ceux-ci puissent leur opposer le paiement qu'ils ont fait.

(1) Troplong, *Cont. de mariage*, n° 3122. Benoit I p. 212.

Quels seront les résultats de son action ? Ici il faut distinguer suivant qu'il s'agit de remploi ou d'emploi.

Prenons d'abord le cas de remploi.

L'action intentée dans ce cas, sera l'action en nullité de la vente du bien dotal, car cette vente a été faite en dehors des conditions auxquelles elle était permise. Cette action tend à faire recouvrer à la femme la possession de son immeuble.

Les tiers pourront-ils éviter cette nécessité de restituer le bien, n'auront-ils pas le droit de le conserver en offrant de payer une seconde fois le prix, et d'exécuter les conditions du contrat de vente ?

C'est une question très vivement débattue et sur laquelle les auteurs sont loin de s'entendre (1) ; cependant il nous semble que les principes du régime dotal suffisent ici pour imposer la solution. Rappelons brièvement ces principes. Le régime dotal a pour but de conserver la dot de la femme par tous les moyens, et quoiqu'il arrive ; toutes les dispositions qui le composent tendent à en empêcher la dissipation. Pour arriver à ce résultat, le législateur a décidé que la dot ne devait pas être modifiée pendant le mariage ; que sa composition devait rester la même. Ainsi si un immeuble est aliéné dans l'un des cas où cela est permis, ou bien échangé, et qu'il y ait un reliquat ou une soulte, il faudra en faire remploi (1558-1559). La dot, doit en principe conserver sa nature primitive. Cette protection que la loi assure à la femme dotale, doit survivre au mariage pour être efficace. Pour que

(1) On la présente ordinairement sous la forme suivante : Le remploi est-il possible a, res la dissolution du mariage ? mais cette formule est peu juste, de plus elle peut entraîner une équivoque, et faire croire que la femme aurait le droit d'accepter l'immeuble acheté en remploi, même après la dissolution du mariage, quand elle ne s'est pas prononcée avant.

cette garantie soit complète, il faut en effet que les engagements que la femme aurait contractés *durante matrimonio*, ne puissent pas plus s'exécuter sur la dot après la dissolution du régime dotal, qu'ils ne le pouvaient pendant le mariage; aussi tout le monde admet que les créanciers de la femme contemporains du mariage, ne peuvent pas poursuivre les biens dotaux, même après la dissolution de celui-ci. Comme le dit fort bien M. Mourlon (Dal., 66, 2, 1, note) : une fois le mariage dissous, la dotalité subsiste quant au passé.

La femme dotale est frappée d'une incapacité personnelle d'engager ses biens dotaux, et les effets de cette incapacité doivent durer aussi longtemps que les obligations que la femme a pu contracter, pendant qu'elle était sous le coup de cette incapacité. Cela n'est plus guère discuté, et la jurisprudence est bien ferme sur ce point; en effet, décider autrement, ce serait méconnaître la base, le principe même du régime dotal; les garanties dont il entoure la dot deviendraient illusoires si elles disparaissaient avec le régime lui-même; on ne sauvegarderait plus la fortune de la femme, on ne ferait que retarder sa ruine. (Cass., 18 août 1869, S. 70, 1, 69; Bordeaux, 25 mars 1865, S., 65, 2, 333).

De ces principes, il résulte que les créanciers de la femme, dont le droit est né pendant le mariage, ne pourront pas poursuivre les biens dotaux après la dissolution, et pour ne prendre que les conséquences généralement admises, si la femme ou ses héritiers aliènent un immeuble dotal, ces créanciers ne pourront pas saisir le prix. « Les créanciers vis-à-vis des-
« quels la femme a pris un engagement dénué d'effi-
« cacité, seront désarmés en face du bien dotal, qu'il

« existe en nature ou qu'il soit représenté par le prix
« encore dû (1). »

S'il en est ainsi, si cette conséquence du régime dotal est certaine, comme nous le croyons, c'est que le prix de l'immeuble aliéné après la dissolution du mariage, se trouve subrogé à cet immeuble lui-même, et qu'il devient en quelque sorte dotal, bien que l'expression soit inexacte puisque le régime n'existe plus, ou plutôt c'est qu'il représente exactement l'immeuble et qu'il jouit des mêmes immunités que lui.

Supposons donc maintenant qu'au lieu d'aliéner purement et simplement l'immeuble, la femme l'ait échangé ou qu'avec le prix de la vente elle ait acheté un nouveau bien. Ne sommes-nous pas obligés de dire de ce deuxième immeuble, ce que nous avons dit du prix du premier, et ne devons-nous pas décider qu'il sera, comme le premier, insaisissable pour les créanciers dont le droit est né pendant le mariage ; c'est-à-dire qu'il représentera le premier, qu'il lui sera subrogé ? Cette conséquence nous paraît nécessaire, indiscutable. L'immeuble acquis avec le prix d'un immeuble dotal aliéné après la dissolution du mariage, est subrogé au premier (2).

Or, si nous considérons cette opération, nous pouvons remarquer qu'elle n'est autre qu'un emploi, et ainsi il nous apparaît que sous le régime dotal, les principes nous conduisent à décider qu'un immeuble dotal peut être aliéné après la dissolution du mariage et qu'un autre peut être acquis en emploi.

Nous voilà bien loin sans doute, des règles posées

(1) Guillaud, *Contrat de mariage*, IV, IV, n° 2082, page 376.

(2) Il faut bien entendu, pour cela que l'on observe les conditions de forme de l'article 1434, pour prouver l'origine des deniers.

en matière de remploi par les articles 1433 et suivants, mais ces articles n'ont rien à faire ici, car les solutions que nous donnons résultent d'une façon qui nous semble nécessaire, des règles spéciales au régime dotal.

Ces conséquences étant admises, la solution de notre question ne peut plus faire de doutes. Puisque nous avons admis qu'un immeuble peut être aliéné après la dissolution du mariage et remplacé par un nouvel immeuble qui aura tous les caractères du premier, comment ne pas admettre que cela sera encore possible lorsque l'immeuble dotal aura été aliéné, non plus après la dissolution du mariage, mais pendant le mariage? L'aliénation a été faite soit par le mari, soit par la femme, le prix a été payé, mais sans qu'il y ait eu remploi, et le mariage vient à se dissoudre. La femme poursuit le tiers acquéreur de l'immeuble; celui-ci pourra arrêter son action en offrant d'exécuter les clauses du contrat de vente. La femme ne pourra pas repousser cette offre, parce que le nouveau bien qu'elle acquerra sera subrogé à l'ancien, et comme lui, sera insaisissable au regard des créanciers de la femme qui n'ont pas d'action sur les biens dotaux, parce que en un mot, le nouveau bien deviendra pour ainsi dire, un bien dotal.

Les intérêts de la femme ou de ses héritiers seront donc complètement garantis, elle ne pourra pas refuser d'accepter un remploi, qui présente pour elle toute l'utilité qu'il aurait présenté, s'il avait été fait pendant le mariage.

Nous concluons donc que le tiers acquéreur pourra toujours arrêter l'action en résolution intentée par la femme, en offrant de payer de nouveau le

prix (1). En agissant ainsi, il efface le vice qui affecte son acquisition, et il répare tout le préjudice que la femme a pu subir.

Le tiers acquéreur aura toujours ce droit, dans tous les cas et sans aucune distinction, que la vente ait été faite par la femme ou le mari, que l'on se trouve encore dans le terme fixé à l'acheteur pour le paiement du prix ou que ce terme soit expiré. En effet l'argument sur lequel nous appuyons cette solution est général, il s'applique à tous les cas; le remploi opéré après le mariage présente pour la femme toutes les garanties nécessaires; elle ne peut pas le refuser.

D'ailleurs cette solution n'est-elle pas essentiellement juste et équitable? Il arrivera souvent que le tiers acquéreur n'aura commis aucune faute, par exemple, le mariage s'est dissous avant qu'il ait pu payer son prix, ou bien avant que le délai de paiement fût expiré. Pourquoi ce tiers acquéreur devrait-il

(1) Lorsque conformément à notre doctrine, le tiers acquéreur poursuivi après le mariage offre de satisfaire aux obligations que lui imposait le contrat de vente, la femme pourra certainement renoncer au remploi si elle le désire et autoriser le tiers à verser son prix purement et simplement.

En effet ce prix est lui-même insaisissable, et par conséquent, il offre les mêmes garanties pour la femme que le remploi lui-même.

Mais supposons que le mariage se soit dissous par la mort de la femme, et qu'elle ait laissé des héritiers mineurs, le mari tuteur légal, pourrait-il contraindre l'acheteur à payer sans qu'il y ait remploi? Nous ne le pensons pas, l'art. 464 défend au tuteur d'abandonner un droit immobilier qui appartient au mineur. Le tuteur ne pourra donc recevoir le paiement qu'en offrant de se conformer au contrat de vente, c'est-à-dire en faisant un remploi (Riom, 26 Juin 1839, S., 40, 2, 115).

Pour que le mari put recevoir le prix sans faire le remploi, il faudrait qu'il y fût autorisé par le conseil de famille conformément à l'art. 464.

Dans ce sens M. Jouinou, *Rég. dotat*, n°324.

souffrir d'un événement imprévu, puisqu'il n'a commis aucune négligence? Il en doit être de même, quand il a eu l'imprudence de payer sans exiger le remploi; en offrant une seconde fois le prix, il répare entièrement le préjudice qu'il a pu causer à la femme, et c'est tout ce que l'on peut exiger de lui.

Enfin ne serait-il pas inique de permettre à la femme pour arriver à la résolution de la vente, d'invoquer l'inexécution d'une charge qui était imposée en première ligne aux époux eux-mêmes. « Nul homme
« tant soit peu prudent ne saurait consentir à accepter
« une aliénation, dont le maintien ou la nullité se
« trouvent complètement livrés à la merci des époux,
« suivant qu'il leur convient ou non d'effectuer le
« remploi durant le mariage. »

Telle est croyons-nous, la solution qu'imposent les principes; et nous la donnons dans tous les cas, sans nous inquiéter de savoir si au moment où le mariage est dissous, l'acheteur se trouvait dans le délai accordé pour payer le prix, ou si ce délai était expiré.

M. Mourlon admet également toutes ces conséquences, mais pour arriver à prouver que le remploi est possible même quand il n'y a pas eu de délai ou que le délai est expiré, il raisonne autrement. (Dal., 66, 2, 1, note).

« Le remploi, dit-il, peut être utilement offert même
« après la dissolution du mariage et l'expiration du
« délai accordé à l'acheteur pour se mettre en règle,
« car le remploi qui affecte la vente d'un bien qui
« n'est aliénable que sous cette charge, s'analyse en
« général en une véritable condition résolutoire. Il
« est manifeste que dans l'intention des parties, la
« vente devra avoir son effet *hic et nunc* comme une
« vente pure et simple, mais sous cette modalité qu'elle

« sera révocable, si l'acheteur n'accomplit point l'obligation ou la charge qui lui est imposée. Dès lors l'inexécution de l'obligation dont est tenu l'acheteur, donne lieu contre lui, non point à une action en revendication de l'immeuble qu'il détient, mais, ce qui est bien différent, à une simple action en résolution de la vente qui lui est consentie. D'où cette conséquence, la révocation que porte en elle la charge du remploi n'a pas lieu de plein droit, ce qui signifie deux choses : à savoir, d'une part, qu'elle est facultative, et d'autre part qu'elle est judiciaire. Elle est facultative, c'est-à-dire établie dans l'intérêt exclusif de la femme ou de ses héritiers, qui peuvent selon que leur intérêt le leur conseille, la demander ou y renoncer ; elle est judiciaire, en ce sens qu'elle n'existe qu'à près qu'elle a été sur la demande de la femme ou de ses héritiers prononcée en justice. Jusque là, l'acheteur peut l'empêcher en offrant ce qu'il doit. »

Nous ne pouvons pas suivre M. Mourlon dans cette dernière conséquence, nous croyons que ce n'est pas une application exacte des principes du régime dotal. Peut-on dire que la vente faite sous condition de remploi, est une vente pure et simple produisant tous ses effets, mais affectée d'une condition résolutoire ! Nous ne le pensons pas, la vente n'est pas parfaite dès le début, elle est au contraire atteinte d'un vice ; l'aliénation n'était possible que sous certaines conditions, puisque ces conditions n'ont pas été accomplies, l'aliénation a été indûment faite, elle est sujette à une cause de nullité. Donc l'action que la femme pourra intenter contre les tiers, ce n'est pas l'action pour inexécution des conditions, mais bien l'action en nullité fondée sur l'article 1560, et cette action diffère de celle de l'article 1184.

Par exemple, elle s'éteindra au bout de dix ans (art. 1304); au contraire l'action en résolution pour inexécution des clauses du contrat de vente durera trente ans; car ce n'est pas une demande en nullité ou en rescision, puisqu'elle a pour base, non pas un vice qui aurait entaché le contrat dès son origine, mais l'inaccomplissement de l'obligation, c'est-à-dire un événement postérieur au contrat qui était parfait dans son principe.

C'est donc bien une action en nullité que la femme intentera, tout comme dans le cas où un immeuble dotal a été aliéné en dehors de l'article 1558. Mais dans cette dernière hypothèse, la vente est nulle dès l'origine, d'une nullité définitive absolue, que le tiers ne peut empêcher; car pour que la dot soit sauvegardée dans cette espèce, il faut absolument que la femme recouvre son immeuble. Au contraire, dans le cas d'aliénation à charge de remploi, la nullité qui affecte la vente peut être couverte, le tiers peut garder le bien en offrant de payer une deuxième fois son prix, car l'offre de ce prix suffit pour mettre la femme à l'abri de tout danger, et pour rétablir l'intégrité de la dot.

En résumé, nous pensons que le tiers acquéreur a toujours le droit de conserver l'immeuble, même quand il est poursuivi après la dissolution du mariage.

Telle n'est pas cependant, il faut le reconnaître, la solution admise par la majorité des auteurs; on décide généralement que le remploi n'est plus possible après la dissolution du mariage.

Quelques-uns distinguent suivant que la vente a été faite avec ou sans terme pour le paiement du prix. Au premier cas le remploi peut être utilement effec-

tué, pourvu qu'il le soit avant l'expiration du délai; au deuxième cas au contraire, il ne peut plus l'être. (Tessier, *Questions sur la dot*, I, p. 407).

Mais la plupart des auteurs décident que dans tous les cas, le remploi n'est possible que durant le mariage (1).

Quels sont donc les arguments qu'ils invoquent en faveur de leur système.

Le remploi, disent M. Benech, et M. Troplong, ne peut plus être fait après que l'administration du mari a pris fin, et vainement les tiers acquéreurs ou détenteurs de biens dotaux offriraient-ils de payer une deuxième fois le prix à la femme, « une offre de cette nature qui ne serait rien moins qu'une sorte d'expropriation au préjudice de la femme, d'après la maxime : *« Qui actionem habet ad rem recuperandam, rem ipsam habere videtur*, ne saurait être accueillie. »

Nous avons déjà rencontré et réfuté cet argument lorsque nous avons soutenu que le remploi pouvait être effectué après la séparation de biens, nous n'insistons pas plus longuement. Mais il est un autre argument plus sérieux, c'est celui sur lequel s'appuient les auteurs qui, tels que MM. Aubry et Rau, et Guillouard admettent que le remploi est possible après la séparation de biens, mais déclarent qu'il ne peut plus être réalisé après la dissolution du mariage. C'est que disent-ils, une fois le mariage dissous, il n'y a plus ni dot, ni régime matrimonial, *nec dos sine matrimonio esse potest*. Donc, il est impossible de donner à l'immeuble acheté en remploi, le caractère de bien dotal et cela suffit pour empêcher tout emploi. S'il en était autrement, les intérêts de la femme ou de ses héritiers ne seraient pas complètement garantis, puisque ceux

(1) Troplong n° 3419. — Benech, n° 88, 99. — Aubry et Rau, V. page 581, note 86. — Guillouard, *Contrat de mar.*, IV, n° 1971.

même des créanciers de la femme qui n'auraient point d'action sur les biens dotaux, pourraient exercer leurs poursuites sur l'immeuble prétendument acquis en remploi après la dissolution du mariage.

C'est précisément cette affirmation que nous contestons, et qui nous semble être une inconséquence dans le système de ces auteurs. Non, l'immeuble ainsi acquis en remploi ne sera pas saisissable, pas plus que le prix de l'immeuble dotal aliéné. Cette objection que l'on fait à notre opinion, nous semble d'autant moins solide, que ces auteurs admettent que la dotalité survit au mariage. En effet, MM. Aubry et Rau disent eux-mêmes (paragr. 538-2°, page 608) que les créanciers de la femme contemporains du mariage ne peuvent pas après la dissolution, poursuivre le prix des immeubles dotaux librement aliénés par la veuve ou ses héritiers, parce que ce prix représente évidemment l'immeuble. (De même M. Guillouard, IV, par. 2081).

Il nous semble qu'il y a inconséquence à soutenir, d'un côté, que le prix de l'immeuble dotal est insaisissable, et de l'autre, à déclarer que le nouvel immeuble acquis avec ce prix restera saisissable et ne jouira plus des mêmes garanties.

Du moment que l'on adopte la première conséquence, la deuxième nous paraît nécessaire.

M. de Folleville (Rev. prat. tome 35 p. 193) fait à notre système une troisième objection :

« Le remploi effectué dans de pareilles conditions
« amènerait aux résultats les plus bizarres. Quoi
« donc, on aura trente ans depuis la dissolution
« du mariage pour opérer le remploi (2262) ; mais
« l'action révocatoire elle-même se prescrit par dix
« ans seulement, aux termes de l'article 1304, à
« compter de la dissolution du mariage. Voilà donc

« que le remploi va pouvoir être effectué 20 ans peut-être après l'extinction de l'action révocatoire, à moins toutefois encore qu'on ne veuille fixer le point de départ de l'action révocatoire à partir des 30 ans pendant lesquels le remploi restera possible. »

A cette objection, il nous semble facile de répondre qu'au bout de dix ans, l'action révocatoire de la femme étant éteinte, elle ne pourra plus agir contre les tiers, elle n'aura plus que le droit de réclamer le prix de l'immeuble, s'il n'a pas encore été payé. S'il a déjà été payé, elle sera complètement désarmée, elle n'aura aucun recours, elle sera censé avoir ratifié la vente et s'être contentée de l'action qu'elle avait contre son mari. Nous ne voyons pas qu'il y ait à redouter ici cette incertitude, cette instabilité dont on parle.

La jurisprudence est très indécise sur cette question. Le premier arrêt rendu en cette matière par la Cour de Cassation, date du 20 juin 1853 (Pal., 54, 2, 327 ; Dal., 53, 1, 265). La Cour décide que l'acquéreur de l'immeuble dotal peut toujours arrêter l'action révocatoire et se soustraire au délaissement, en offrant de payer une seconde fois le prix d'acquisition.

Mais, dans l'espèce, c'était à la femme et non au mari que le contrat de mariage accordait la faculté d'aliéner le bien dotal, et imposait l'obligation d'effectuer le remploi. Cette circonstance particulière avait influé sur l'arrêt de la Cour de Pau qui était déféré à la Cour suprême. La Cour de Pau avait en effet déclaré, que lorsque l'aliénation avait été effectuée par le mari, le remploi n'était pas admis après la dissolution du mariage ; mais qu'il en était autrement dans le cas où c'était la femme elle-même qui avait reçu le droit de disposer à charge de remploi.

On peut se demander, si la Cour de Cassation n'a pas voulu à son tour, adopter cette distinction, et ne donner qu'une solution d'espèce.

Les Cours admettent en général qu'une fois le mariage dissous, le remploi n'est plus possible (1), on peut citer cependant quelques arrêts dans notre sens (2).

La solution que nous avons proposée paraissait avoir été déjà admise dans notre ancien droit, en effet, l'article 540 de la coutume de Normandie s'exprimait ainsi :

« Et où la femme ne pourrait avoir sa récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs dudit dot, lesquels ont option de le lui laisser, ou lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès de son mari. »

Ainsi les tiers poursuivis par la femme dotale auront le choix, ou de restituer l'immeuble ou bien de le retenir en offrant de payer le prix. Ils auront du reste un recours contre le mari, dans le cas où ils auront déjà payé entre ses mains. Nous étudierons plus loin ce recours (3).

(1) Rouen, 26 août 1851; Dal., 53, 2, 16. — Angers, 18 mars 1858; Dal., 68, 2, 82. — Caen, 26 mai 1865; Dal., 66, 2, 1. — Caen, 30 juillet 1874, S., 74, 2, 282.

(2) Caen, 31 mai 1870, S., 71, 2, 31. — Pau, 26 février 1868, S., 68, 2, 73.

(3) Il se pourrait que pour décider les tiers à traiter avec elle, et pour les rassurer contre les dangers que présente la vente sous condition de remploi, la femme se soit portée garante de la validité de l'aliénation, et ait donné hypothèque à cet effet sur ses immeubles paraphernaux. On discute vivement pour savoir si cette promesse de garantie est valable. On admet généralement qu'elle ne fait pas obstacle au droit de la femme de poursuivre les tiers, mais que la femme doit, par suite de la promesse de garantie qu'elle a faite, subir sur ses paraphernaux les conséquences de l'annulation: qu'elle aurait provoquée et obtenue.

Lorsque les tiers refuseront de payer de nouveau le prix, la femme recouvrera son immeuble et avec lui, les fruits qu'il a pu produire. Comme ils doivent réparation de tout le préjudice causé à la femme, on admet ordinairement qu'ils seront comptables des fruits à compter du jour où la femme a dû jouir de sa dot, c'est-à-dire à compter de la séparation de biens ou de la dissolution du mariage. (Caen, 30 avril 1849; Dal., 52, 2, 194. — Cassat., 25 et 27 av. 1842; Dal., 42, 1, 233, 234. — Pau, 27 juin 1867, Dal., 68, 2, 237. — Rouen, 7 avril 1886; Dal., 88, 2, 45.) En effet, l'acquéreur n'a pu ignorer la condition de remploi sous laquelle l'aliénation était autorisée par le contrat des époux vendeurs.

Telles sont les règles applicables en matière de remploi, sous le régime dotal.

Que s'il s'agit non plus de remploi mais d'emploi, les solutions varieront.

En effet, dans la plupart des cas, la femme n'aura d'action que contre le mari, elle ne pourra d'après notre système poursuivre les tiers, qu'autant que le contrat de mariage se sera formellement exprimé sur ce point. Lorsqu'il en sera ainsi, les tiers qui auront payé sans surveiller l'emploi des deniers dotaux, devront payer de nouveau. Ils auront un recours contre le mari.

Supposons enfin pour terminer avec le régime dotal, qu'il s'agisse non plus de biens dotaux, mais de valeurs paraphernales. Ici dans les cas exceptionnels où la femme pourra poursuivre les tiers acquéreurs, ce ne sera plus par l'action en révocation puisque l'aliénation est définitive, elle intentera l'action fondée sur l'article 1184, comme sous le régime de communauté auquel nous arrivons.

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ

Action contre le mari.— Si le remploi n'a pas été fait la femme aura un droit de récompense à exercer à la dissolution de la communauté. Elle prélèvera sur celle-ci, le prix de son immeuble qui a été aliéné, conformément à l'article 1436.

Mais ce ne sera pas là, le seul droit de la femme, et comme il y a eu une faute, une négligence de la part du mari, comme il ne s'est pas conformé à la clause du contrat de mariage qui lui prescrivait de faire le remploi, la femme pourra intenter contre lui une action en dommages intérêts pour inexécution des obligations qu'il avait contractées.

Cette action de la femme, ne saurait faire de doutes, dans le cas où le contrat enjoignait au mari de faire le remploi dans un délai déterminé. Nous avons reconnu à la femme le droit d'agir dans cette hypothèse même pendant le mariage, à fortiori elle le pourra après la dissolution.

Il en sera encore de même, croyons-nous, lorsque la clause insérée au contrat et prescrivant le remploi, ne fixait aucun délai pour son exécution. Du moment que la clause a été insérée au contrat, c'est qu'on a voulu que le remploi ait lieu, donc le mari est en faute, et il doit être condamné à réparer le préjudice que sa négligence a causé à la femme. La femme aura droit tout d'abord au prix de son immeuble, mais en outre elle pourra réclamer à titre de dommages-intérêts, l'avantage qu'elle aurait eu à ce que le remploi fût exécuté, la plus-value que l'acquisition d'un bien immeuble par exemple lui aurait procuré.

Cependant les auteurs et les arrêts paraissent dire généralement qu'à la dissolution du mariage, la femme n'aura que le droit d'exercer une action en reprise, conformément à l'article 1470 (1).

Mais il nous semble que c'est ne pas tenir compte de la clause, et agir comme si le contrat n'avait rien dit. Peu importe que l'on refuse à la femme le droit de poursuivre le mari pendant le mariage, il ne faut pas conclure de là qu'elle n'aura pas droit à des dommages-intérêts lors de la dissolution (2).

Pour appuyer leur opinion, les auteurs raisonnent ainsi : Si la femme n'use pas de son droit pendant la communauté, c'est qu'elle y renonce par cela même. Il suffit de répondre que dans la plupart des cas, la femme n'aura pas pu agir pendant le mariage, et que même quand elle avait ce droit, elle a pu considérer qu'il serait contraire à la bonne entente conjugale et au bon ordre dans le ménage, d'intenter une action avant la fin du mariage. D'autre part, cette renonciation ne doit pas se présumer, car elle est contraire à l'article 1395.

Quant au chiffre de dommages intérêts que pourra obtenir la femme, il devra représenter, comme nous l'avons dit, l'avantage qu'elle aurait eu à ce que le remploi fut effectué; il sera donc de la plus value que la dot aurait acquise par suite de cette transformation.

(1) Angers Dal., 68, 2, 82.

(2) Laurent, XX, n° 386. Cette action en dommages-intérêts peut quelquefois présenter une grande utilité. Par exemple, le contrat de mariage prescrivait de faire le remploi en une certaine catégorie d'immeubles, et ces immeubles ont acquis depuis une plus-value considérable. Dans notre système, la femme aura le droit de réclamer au mari une somme représentant le bénéfice qu'elle aurait réalisé si le remploi avait été effectué.

Une fois le mariage dissous, le mari n'a plus le droit d'effectuer le remploi ou l'emploi. Cela est certain en présence de l'article 1433, du reste on ne voit pas bien quel intérêt le mari aurait à offrir d'acheter un immeuble postérieurement à la dissolution de la communauté, lorsqu'il ne l'a pas fait avant; à moins que l'on ne décide comme nous l'avons fait, qu'il peut être condamné à restituer à la femme, non-seulement le prix, mais en outre des dommages intérêts.

Pour sûreté de cette action en remploi que la femme a contre son mari, l'article 2135-2° 3° alinéa, lui donne une hypothèque légale sur les biens de celui-ci. Cette hypothèque prendra à compter du jour de la vente des biens propres.

Lorsque la femme se fera colloquer pendant le mariage sur les biens de son mari, cette collocation sera définitive, à la différence de ce qui se passe sous le régime dotal; car en matière de communauté la femme peut même pendant le mariage opter entre les deux actions qu'elle a, soit contre le mari soit contre les tiers.

Telle sera la situation du mari sous le régime de communauté quand il n'aura pas exécuté le remploi. Tout ce que nous avons dit, s'applique également au cas où il s'agit non plus de remploi, mais d'emploi; sauf toutefois une différence, au point de vue de la date à laquelle prendra rang l'hypothèque légale de la femme. Ici cette date variera. Si la clause d'emploi s'applique à des sommes constituées en dot à la femme, l'hypothèque prendra rang du jour du mariage; si elle s'applique à des deniers à provenir de successions ou donations, ce sera du jour de l'ouverture des successions, ou du jour où les donations auront leur effet.

Mais sous le régime de communauté, il se peut que les tiers soient intéressés à l'exécution de l'emploi ou du remploi, voyons maintenant quelle sera leur situation.

Action de la femme contre les tiers. — Nous raisonnons tout d'abord sur le cas de remploi, et nous supposons qu'au moment où le mariage se dissout, le tiers acquéreur de l'immeuble propre de la femme n'a pas encore payé son prix, ou bien l'a payé sans qu'il y ait eu remploi.

Et d'abord, si le tiers n'a pas encore payé son prix, la femme le lui réclamera, et il devra le payer entre ses mains sans pouvoir exiger aucun remploi, car il n'y a plus rien à craindre.

Supposons que la femme poursuive ce tiers acquéreur au lieu d'agir contre son mari.

Quel sera le caractère de l'action qu'elle pourra intenter contre lui, et quel en sera le résultat ?

La clause de remploi même stipulé opposable aux tiers, ne saurait en rien affecter la capacité des époux mariés sous le régime de communauté; le mari et la femme restent capables de vendre, d'aliéner les biens de celle-ci. Comme nous l'avons dit plus haut, la clause de remploi n'entraîne pas adoption partielle du régime dotal, elle n'a pas pour effet de rendre les biens inaliénables. Par conséquent la vente que le mari a faite avec le consentement de la femme, est valable, parfaite ! elle a transféré la propriété à l'acheteur dès le jour du contrat, sans que rien ne se soit opposé à la naissance du droit de l'acquéreur. Ce n'est donc pas une action en nullité que la femme commune pourra intenter contre l'acheteur, puisque le contrat n'était affecté d'aucun vice.

Mais cette vente que les époux consentaient au tiers acquéreur, ils l'ont consentie en y apposant une condition, c'est que le prix de l'immeuble servirait à acquérir un autre bien, et que le tiers devrait veiller à ce que ce nouveau bien fut acquis.

Ainsi donc, et à la différence que ce qui se passe sous le régime dotal, la vente du propre de la femme est ici parfaite dès le jour même où elle est intervenue, car aucune incapacité ne frappait les parties ; il n'y a aucun vice, aucune imperfection. Mais cette vente, comme tous les contrats synallagmatiques, est faite sous la condition que chacune des parties accomplira les engagements qu'elle a contractés. Par conséquent, du moment que l'une des parties n'exécute pas son engagement, du moment que l'acheteur paye sans surveiller le remploi, l'article 1184 doit s'appliquer, il y a lieu à l'action en résolution du contrat.

Ainsi ce ne sera pas une action en nullité que la femme pourra intenter contre les tiers, mais bien l'action de droit commun fondée sur l'inexécution des clauses de la vente ; et dès lors nous n'appliquerons plus les règles de l'action en nullité, mais les règles particulières aux conditions résolutoires. C'est pourquoi nous déciderons que l'action durera trente ans et non plus dix ans, que la révocation n'aura pas lieu de plein droit mais qu'elle sera facultative et judiciaire ; facultative, c'est-à-dire que la femme pourra demander soit l'exécution forcée de la convention, soit la résolution ; judiciaire, c'est-à-dire que la résolution devra être demandée en justice, et que conformément à l'art. 1184-2° le juge ne sera pas obligé de la prononcer immédiatement, qu'il pourra accorder au défendeur un délai, pour exécuter son obligation.

Le tiers acquéreur peut donc jusqu'à ce qu'elle ait

été prononcée, arrêter l'action en résolution en offrant de payer le prix.

Telle est la nature de l'action que la femme intentera contre les tiers acheteurs, et l'on voit par là même, que nous n'avons plus à nous poser sous le régime de communauté la question que nous avons discutée sous le régime dotal, celle de savoir si le remploi reste possible après la dissolution du mariage, et si le tiers peut arrêter l'action en révocation de la femme, puisqu'il n'y a plus ici d'action en révocation, mais une action en résolution, laquelle peut toujours être arrêtée par l'offre que fait le contractant de remplir ses engagements.

La solution que nous donnons ici n'est pas généralement admise (1), et bien d'autres opinions ont été présentées sur ce point.

Et d'abord, certains arrêts anciens qui admettaient que la clause de remploi sous le régime de communauté entraînait inaliénabilité des biens, déclaraient que la vente consentie était nulle et que par suite la femme pouvait invoquer l'action en résolution conformément à l'article 1560. (2) Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée. (3)

On a également soutenu que la femme n'avait pas le droit de demander la résolution, qu'elle ne pourrait

(1) Voir cependant Aubry et Rau, V., par. 533, note 10 et Laurent, XXI, n° 389.

(2) Cass., 8 Juin 1858, S., 58, 1, 417. — Lyon, 25 Nov. 1842, S., 43, 2, 418. — Caen, 21 Février 1845, S., 45, 2, 553. — Lyon, 31 Mars 1840, S., 40, 2, 232.

(3) D'autres auteurs au contraire décident que sous le régime de communauté, la clause de remploi ne peut avoir d'effets qu'entre les époux, et qu'elle n'engage que la responsabilité du mari, mais que jamais elle ne peut être opposée aux tiers. Pour ces auteurs notre question ne se pose évidemment pas.

réclamer que le paiement du prix (1), et on en conclut que le tiers peut renvoyer d'abord la femme à discuter les biens de la communauté et ceux du mari, en d'autres termes qu'il n'est obligé que subsidiairement : « procéder autrement dit-on, permettre à la femme « d'assigner le tiers acquéreur en paiement, sans « discussion préalable des patrimoines de la communauté et du mari, ce serait l'autoriser à toucher plus « qu'il ne lui est dû, car elle prélèverait sur le tiers « acquéreur l'intégrité du prix, et sur la communauté, « un dividende qu'il est impossible de fixer et qui varierait avec les forces de celle-ci. »

Nous croyons qu'il y a là une erreur, la femme peut poursuivre les tiers pour inexécution des clauses de la vente, et celui-ci n'a aucune exception à lui opposer. D'autre part si la femme a deux actions, elle ne peut exercer que l'une ou l'autre, et non les deux cumulativement.

Ainsi le tiers poursuivi par la femme pourra être condamné soit à restituer l'immeuble soit à en payer le prix. Il pourra en outre et conformément à l'article 1184 être condamné à payer des dommages-intérêts.

Il aura dans la plupart des cas un recours contre le mari. Nous l'étudierons plus bas.

Peu importe du reste que la vente du bien ait été faite par le mari comme mandataire de la femme ou par la femme elle-même, dans les deux cas la situation sera la même.

Nous avons jusqu'ici discuté sur le cas de remploi. Supposons maintenant qu'il s'agisse d'emploi.

Lorsque la clause d'emploi a effet contre les tiers,

(1) Théry, *de l'emploi et du remploi sous le rég. de Communauté*, Thèse p. le doctorat, Douai, 1883.

et que ceux-ci ont payé sans surveiller l'emploi, ils n'ont pas fait un payement valable et par conséquent ils sont restés débiteurs. La femme peut donc les poursuivre, et ici encore son action n'est pas subsidiaire, les tiers ne peuvent pas la renvoyer à discuter préalablement les biens de son mari; ils sont tenus d'une obligation, et tant qu'ils ne l'ont pas remplie, ils peuvent être attaqués directement.

Telles seront sous le régime de communauté les conséquences du défaut d'emploi ou de remploi, alors qu'ils étaient prescrits par le contrat de mariage.

En ce qui concerne le régime sous communauté et le régime de séparation de biens, les mêmes principes devront s'appliquer. En effet sous ces deux régimes les biens sont aliénables. Par conséquent, dans les cas où les clauses seront opposables aux tiers, l'aliénation n'en restera pas moins valable, mais la femme pourra intenter l'action en résolution pour inexécution des conditions.

S'il s'agit d'emploi, les tiers débiteurs devront payer de nouveau.

Nous appliquerons donc tout ce que nous avons dit, à propos du régime de communauté.

III. — Recours que peuvent exercer les tiers poursuivis.

RÉGIME DOTAL.

Si au moment où le mariage s'est dissous, le tiers n'a pas encore payé ce qu'il doit, dans ce cas il n'aura aucun recours à exercer; en effet d'après la doctrine que nous avons admise, il est libre soit de

restituer à la femme l'immeuble qu'il a acquis, soit de le garder en lui offrant le prix, il a donc un droit d'option, et comme il n'éprouve ainsi aucun préjudice, il ne peut être question de lui permettre de se retourner contre le mari.

Mais il en sera autrement, s'il avait déjà versé la somme dont il était débiteur, entre les mains du mari, au moment de la dissolution du mariage.

Dans cette situation, il va être obligé soit de payer une seconde fois sa dette, car le paiement ne l'a pas libéré, soit de restituer s'il le préfère, l'immeuble dont il s'est rendu acquéreur.

Il est donc naturel qu'il ait un recours contre le mari, afin d'obtenir la restitution de la somme qu'il avait une première fois payée.

Si ce recours qu'il intente contre le mari est insuffisant à raison de l'insolvabilité de ce dernier, il pourra encore dans certaines hypothèses se retourner contre la femme. En effet celle-ci a pu profiter du premier paiement et elle sera alors tenue dans la mesure du bénéfice qu'elle a réalisé, le tiers la poursuivra par l'action *de in rem verso*. Toulouse, 22 avril 1884 *Gaz. du Pal.*, 84, 2, 750. Mais le tiers ne pourra agir que sur les biens paraphernaux de la femme.

Le tiers acquéreur poursuivi par la femme, pourrait-il demander sa subrogation légale dans les droits et hypothèques de celle-ci contre le mari? La question s'est présentée récemment devant les tribunaux. Un agent de change chargé de vendre des rentes sur l'état frappées de dotalité et dont le contrat de mariage permettait l'aliénation à charge de remploi, avait payé sans surveiller l'exécution de cette clause. Poursuivi par la femme en restitution de ce prix qu'il avait payé en dehors des conditions pres-

crées, il demanda la subrogation légale, conformément à l'article 1251-3°. En effet, disait-il, il était tenu ainsi que le mari, de surveiller le emploi ou plutôt de l'exécuter, il avait donc contracté la même charge que celui-ci, et il se trouvait ainsi dans les termes de l'article 1251-3°, puisqu'il acquittait une obligation qui lui était commune à lui et au mari.

Le tribunal et la Cour de Rouen repoussèrent successivement cette prétention :

« Attendu que Létel n'a fait que payer sa dette personnelle, puisque n'ayant pas payé légalement, il n'a pas payé le capital immobilier dont il était débiteur : que le mari est étranger à cette dette, que par suite Létel ne peut être subrogé comme s'il avait payé la dette d'autrui, ou la dette dont il était tenu avec autrui. » (Dal., 1888, 2, 45). La Cour de Cassation appelée à se prononcer sur cette espèce, a émis une doctrine différente et elle a fait une distinction.

Elle a distingué suivant le genre de l'action que la femme intente contre le tiers acquéreur.

La femme a en effet deux moyens de droit à faire valoir.

Elle peut d'abord agir en révocation conformément à l'article 1560, et réclamer la restitution du bien dotal. En second lieu, elle peut intenter contre le tiers une action non plus réelle mais purement personnelle, elle peut lui demander le paiement du prix de son acquisition. En versant une première fois ce prix sans surveiller le emploi, le tiers ne s'est pas libéré, il n'a pas éteint son obligation ; il est donc resté débiteur.

Si la femme prend le premier moyen, si elle intente l'action en révocation de l'aliénation, il est certain, dit la Cour, que le tiers n'a pas droit à la subrogation légale. En effet le tiers acquéreur est seul soumis à

cette action révocatoire, laquelle ne peut toucher ni atteindre le mari ; on ne se trouve donc pas dans les conditions de l'article 1251.

Mais il en est autrement, si la femme poursuit le tiers par l'action personnelle en paiement de son prix. Cette deuxième action est fondée sur ce fait que le tiers a mal payé, et qu'il n'a pas surveillé le remploi. Elle est donc fondée sur une obligation commune à la fois au mari et au tiers, et que la femme agisse contre l'un ou l'autre, l'action a toujours le même caractère personnel, elle a aussi le même objet, puisqu'elle est fondée sur ce que le remploi n'a pas été fait. « Par conséquent le tiers et le mari sont obligés vis-à-vis de la femme au même titre, en ce qu'ils n'ont pas surveillé ou effectué le remploi dont ils étaient responsables, et pour la même cause, en raison du préjudice qu'ils lui ont causé par ce défaut de remploi ; ils sont tenus chacun envers elle à une seule et même dette, le remboursement du prix du fonds dotal aliéné et non remployé, donc ils sont tenus l'un avec l'autre et l'un pour l'autre. D'où il suit que si le tiers rembourse une seconde fois à la femme, de ses deniers personnels, le prix dont il s'était une première fois indûment libéré entre les mains du mari, il paie, en réalité, la dette de celui-ci en même temps que la sienne propre, et il a droit au bénéfice de la subrogation légale. »

(Cassation, 3 décembre 1888, S., 89, 1, 121, note).

Nous craignons bien que la distinction faite par la Cour de Cassation ne soit pas aussi solide qu'elle peut le paraître au premier abord.

Le raisonnement sur lequel on se fonde pourrait, nous semble-t-il, s'appliquer à tous les cas, que la femme intente l'action personnelle au l'action en révocation.

Dans tous ces cas, le tiers est poursuivi parce qu'il a payé indument, parce qu'il n'y a pas eu remploi. Par conséquent, on pourrait dire qu'il a droit à la subrogation, aussi bien dans le second que dans le premier cas.

En réalité, nous croyons que le tiers n'est pas tenu d'une obligation commune à lui et au mari. Le tiers devait surveiller le remploi, le mari devait l'exécuter, il y a eu faute commune mais c'est tout; il n'y avait pas dette commune. Il n'y avait qu'une dette, celle du tiers, dette résultant du contrat passé, et dont le mari n'était tenu à aucun titre. Cette dette a continué à subsister, parce que le tiers ne l'a pas éteinte, parce qu'il n'a pas payé valablement. Quant à l'obligation du mari, elle est née postérieurement, elle est complètement indépendante de celle du tiers.

Il nous semblerait donc plus juste de refuser au tiers le bénéfice de la subrogation, car on n'est pas dans les termes de l'article 1251-3°.

Tels seront en résumé les recours dont les tiers disposeront sous le régime dotal.

Toutes les solutions que nous avons données ci-dessus, s'appliquent aussi bien à l'emploi qu'au remploi.

Remarquons toutefois que dans le système de la Cour de Cassation que nous venons d'exposer, lorsqu'il s'agira d'emploi, le tiers aura toujours droit à la subrogation légale. En effet lorsque la femme le poursuit pour avoir payé sans surveiller l'emploi, elle agit contre lui par une action en paiement de sa dette, c'est-à-dire par une action personnelle.

RÉGIME DE COMMUNAUTÉ.

Ici comme sous le régime dotal, le tiers poursuivi et obligé de payer de nouveau, aura le droit de réclamer au mari la restitution de la somme qu'il avait indûment versée une première fois. Si cette somme a profité à la femme, il pourra agir contre elle par l'action de *in rem verso*.

Nous croyons que sous le régime de communauté, pas plus que sous le régime dotal le tiers qui a payé une seconde fois ne pourra obtenir la subrogation légale, en vertu de l'art. 1251-3°, car il s'agit d'une dette qui lui est personnelle et dont il est seul tenu.

Au contraire, il nous semble que le système admis par l'arrêt de cassation de décembre 1888, permettrait à ce tiers d'obtenir le bénéfice de la subrogation.

Dans certains cas, la femme peut se trouver garante de la vente du bien ou du paiement, et dans ces hypothèses le tiers pourra arrêter son action. Cela arrivera par exemple dans l'espèce suivante :

Le tiers acquéreur a payé entre les mains de la femme, sans qu'il y ait remploi, et la mère de celle-ci s'est portée garante de tout recours qui pourrait être exercé contre le tiers par suite du défaut de remploi. Plus tard la femme succède à sa mère, puis elle veut réclamer au tiers un nouveau paiement en se fondant sur ce que le remploi n'a pas été exécuté. Il est certain que le tiers pourra arrêter l'action de la femme, car celle-ci ayant succédé à sa mère, est tenue de l'obligation de garantie que cette dernière avait contractée.

Lorsqu'il s'agira du régime de séparation de biens, ou lorsqu'il s'agira de paraphernaux sous le régime

dotal, les tiers qui étaient tenus de veiller au remploi et qui ne l'ont pas fait, ne seront pas non plus complètement dépourvus de recours.

S'ils ont payé entre les mains de la femme ils agiront contre elle par l'action de *in rem verso*, dans la mesure où elle a profité de la première somme versée. En effet, la femme séparée de biens a sans doute capacité pour recevoir les sommes à elle dues, mais ici le contrat de mariage restreignait cette capacité en l'obligeant à faire remploi sous la surveillance des tiers. Ceux-ci ont donc payé à un incapable, ils n'ont action contre la femme que dans la mesure où elle a été enrichie. De même les tiers pourront aussi poursuivre le mari dans les cas où il aura profité des deniers versés.

POSITIONS

Positions prises dans la thèse

DROIT ROMAIN

I. — Le système des lois Furia et Voconia relativement à la limitation du droit de léguer, était imparfait.

II. — Lorsque la loi Falcidie s'appliquait à des dispositions fidéicommissaires, elle perdait son caractère de disposition d'ordre public et le testateur pouvait en écarter l'application par une déclaration expresse.

III. — Lorsqu'il s'agissait de legs, le testateur ne pouvait pas enlever à son héritier le droit de retenir la *quarte Falcidie*.

Ce fut Justinien qui accorda ce droit au testateur.

IV. — Dans le calcul qu'il devait faire pour voir si le bénéfice qu'il retirait de la succession était égal au quart, l'héritier n'avait pas à tenir compte des biens que le testateur lui avait laissés à lui-même par donations entre vifs, par legs ou par fidéicommis.

V. — Les pays coutumiers ne connurent pas le système de la loi Falcidie.

DROIT FRANÇAIS

I. — L'origine de la clause d'emploi remonte au droit romain.

II. — Sous le régime dotal, la clause d'emploi insérée dans le contrat de mariage, n'est pas, en principe, opposable aux tiers.

III. — Le tiers qui vend un bien à une femme dotale, n'est jamais responsable de la validité du remploi que la femme opère en achetant ce bien.

IV. — Sous le régime de communauté, la clause de remploi pure et simple, n'a pas d'effets contre les tiers acquéreurs des biens sujets au remploi.

V. — L'insertion d'une clause d'emploi ou de remploi dans le contrat de mariage, ne dispense pas d'observer les formalités prescrites par les articles 1434, 1435.

VI. — Lorsque, postérieurement à l'acquisition en remploi faite par le mari pour le compte de sa femme, celle-ci accepte l'immeuble acheté, son acceptation a un effet rétroactif au jour même de l'acquisition.

Positions prises en dehors de la thèse

DROIT ROMAIN

I. — La pétition d'hérédité était une action réelle.

II. — L'adrogation fait subir une *capitis deminutio* aux enfants de l'adrogé.

III. — Le seul consentement est insuffisant pour la formation du mariage; il faut que la femme soit mise à la disposition du mari.

IV. — Le demandeur à l'action négatoire doit prouver que son adversaire n'a pas le droit de servitude auquel il prétend.

DROIT CIVIL.

I. — La transcription du jugement de divorce ne rétroagit pas au jour du jugement, et la dissolution du mariage ne produit effet à l'égard des tiers qu'à partir de cette transcription.

II. — Lorsqu'un mineur émancipé se trouve héritier bénéficiaire, il ne peut aliéner les rentes sur l'Etat qu'il recueille dans la succession, qu'en se conformant aux dispositions de l'avis du Conseil d'Etat du 17 novembre 1807.

III. — L'indignité ne produit aucun effet à l'égard des enfants de l'indigne.

IV. — L'article 1431 n'établit pas une présomption légale dans l'intérêt de la femme, il n'est que l'application de l'article 1216.

POSITIONS DIVERSES.

I. — Le vote antérieur des deux chambres limite les pouvoirs du congrès.

II. — Le droit de réponse consacré par l'article 13 de la loi du 21 juillet 1881 peut être exercé de journaliste à journaliste.

III. — Les articles 31 et 45 de la loi de 1881 sur la presse, s'appliquent aux membres des commissions des administrations des hospices.

IV. — Le bénéfice de la réhabilitation ne peut être accordé, en aucun cas, au condamné à une peine corporelle, qui n'a pas exécuté le jugement rendu contre lui, et en particulier à l'individu dont la peine est prescrite.

VU, PAR LE PRÉSIDENT DE LA THÈSE :

A. BOISTEL.

VU, PAR LE DOYEN,

COLMET DE SANTERRE.

VU, ET PERMIS D'IMPRIMER,

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

LA LOI FALCIDIE

	PAGES
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I ^{er} . — SYSTÈME GÉNÉRAL DE LA LOI FALCIDIE ET DES LOIS QUI LA PRÉCÉDÈRENT	5
CHAPITRE II. — QUELLES SONT LES PERSONNES QUI PEUVENT IN- VOQUER LE BÉNÉFICE DE LA LOI FALCIDIE	13
CHAPITRE III. — LIBÉRALITÉS AUXQUELLES S'APPLIQUE LA LOI FALCIDIE	20
CHAPITRE IV. — DES LIBÉRALITÉS SOUSTRAITES A L'APPLICATION DE LA LOI FALCIDIE	29
CHAPITRE V. --- DES CALCULS NÉCESSITÉS PAR LA LOI FALCIDIE.	35
I. — <i>Estimation du montant de l'actif net de la succes- sion</i>	36
1. — Choses qui sont comptées pour établir le montant de l'actif de la succession	36
2. — Choses qui ne sont pas comptées.	38
3. — Estimation des choses comptées. Epoque à laquelle on doit se placer pour faire cette estimation	41
4. — Dédutions à opérer	47
5. — Imputations que l'héritier doit faire sur sa quote	51

	PAGES
II. — <i>Estimation des legs</i>	39
III. — <i>Réduction des legs</i>	64
CHAPITRE VI. — COMMENT L'HÉRITIÉR AGIT POUR RÉCLAMER LE BÉNÉFICE DE LA LOI FALCIDIE	66
CHAPITRE VII. — DE L'APPLICATION DE LA FALCIDIE, QUAND IL Y A PLUSIEURS INSTITUÉS, OU QUAND IL Y A SUBSTITUTION.	72
CHAPITRE VIII. — CAS OU LA FALCIDIE CESSE DE S'APPLIQUER.	91
CHAPITRE IX. — COMMENT JUSTINIEN MODIFIA LE SYSTÈME DE LA LOI FALCIDIE. — LA FALCIDIE DANS NOTRE ANCIEN DROIT. — SA DISPARITION.	93

DROIT FRANÇAIS

DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMploi

insérées dans le contrat de mariage

	PAGES
INTRODUCTION	101
CHAPITRE I ^{er} . — ORIGINE HISTORIQUE DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMploi	108
CHAPITRE II. — PAR QUELLES PERSONNES LES CLAUSES D'EM- PLOI ET DE REMploi PEUVENT ÊTRE INSÉRÉES DANS LE CONTRAT DE MARIAGE. — DANS QUELS TERMES ELLES DOIVENT ÊTRE STIPU- LÉES	115
CHAPITRE III. — DES EFFETS DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPloi	127
I. — <i>Régime de communauté</i>	127
Effets des clauses d'emploi et de remploi entre les époux	129
Effets des clauses d'emploi et de remploi dans les rapports des époux avec les tiers . .	135
II. — <i>Régime dotal</i>	144
1. — Cas où les clauses s'appliquent aux biens dotaux	144
A. — Clause d'emploi	145
B. — Clause de remploi	150
a. — Effets qu'elle produit dans les rap- ports des époux avec les tiers.	150
b. — Effets de la clause de remploi dans les rapports des époux entre eux.	167
2. — Cas où les clauses s'appliquent aux biens paraphernaux.	169
3. — Cas où il y a une communauté d'acquêts jointe au régime dotal.	175

	PAGES
III. — <i>Séparation de biens</i>	176
1. — <i>Séparation de biens conventionnelle</i>	176
2. — <i>Séparation de biens judiciaire</i>	178
IV. — <i>Régime sans communauté</i>	189
CHAPITRE IV. — EXÉCUTION DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLOI	190
I. — <i>Qui peut faire l'emploi ou le remploi?</i>	190
II. — <i>Formes de l'emploi et du remploi</i>	191
III. — <i>En quels biens doivent se faire l'emploi et le remploi?</i>	232
IV. — <i>Dans quel délai l'emploi et le remploi peuvent-ils être exécutés?</i>	250
V. — <i>Des frais qu'ils entraînent</i>	252
CHAPITRE V. — CONSÉQUENCES DE L'INEXÉCUTION DES CLAUSES D'EMPLOI ET DE REMPLOI	254
I. — <i>Pendant le mariage</i>	255
Régime dotal	257
Régime de communauté	261
II. — <i>Après la séparation de biens ou la dissolution du mariage</i>	264
1. — Régime dotal	264
2. — Régime de communauté	285
III. — <i>Recours que peuvent exercer les tiers poursuivis</i>	292
Régime dotal	292
Régime de communauté	297
POSITIONS	299

IMPRIMERIE RÉGIONALE

DIJON
